الجزء الحادي عشر

وهو ﴿ المجلد الثاني ﴾ من

تكملة المجموع

شرح المهذب

(للامام العلامة الفقيه تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة ٦٥٧ هـ)

﴿ ويليه ﴾

فتح العزيز

شرح الوجيز

(وهو الشرح الكبير للامام الجليل أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ)

﴿ ويليه ﴾

التلخيص الحبير

في تخريج أحاديث الرافعي الكبير

(للامام الحافظ الحجة أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ)

طبعت هذه المجموعة على نفقة شركة من علماء الأزهر

(وباشرت تصحيحها لجنة من العلماء بمشاركة ادارة المطبعة : وحقوق الطبع محفوظة لها)

(تنبيه) (جعلنا المجموع في أعلى الصفحة وتليه فتح العزيز وبليه التلخيص مفصولا بينها بجدول)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب بيع العرايا

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً فأنه يجوز للفقراء فيخرص ماعلى النخل من الرطب وما يجىء منه من التمر اذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمراً و يسلمه قبل التفرق والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال « قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتى ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم يأكلونها رطبا » ﴾ *

كتاب الوكالة * وفيه ثلاثة أبواب

الحاجة داعية إلى تجويز الوكالة ظاهرة وثبت عن رسول الله ﷺ [1] « أنه وكل السعاة لأخذ الصدقات » وروى أنه ﷺ [2] « وكل عروة البارقى ليشترى له شاة للأضحية » [3] « وعمرو بن أمية الضمرى لقبول

كتاب الوكالة

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه ﷺ وكل السعاة لأخذ الصدقات تقدم فى الزكاة *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عروة البارقى ليشترى له أضحية تقدم فى أول البيع *

(٣) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمرى فى قبول نكاح أم حبيبة بنت أبى سفيان قال البيهقى فى المعرفة روينا عن أبى جعفر محمد بن على أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقى فى المعرفة وكذا حكاه فى الخلافيات بلا إسناد وأخرجه فى السنن من طريق ابن اسحق حدثنى أبو جعفر قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمرى إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة ثم ساق عنه أربع مائة دينار واشتهر فى السير أنه صلى الله عليه وسلم بعث عمرو بن أمية إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل فى القبول أو النجاشى وظاهر ما فى أبى داود والنسائى أن

﴿ الشرح ﴾ حديث زيد بن ثابت فى العرايا ثابت فى صحيحى البخارى ومسلم وغيرهما ولفظ البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا والفاظ أخر غير ذلك (وأما) ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا فى كلام الشافعيُّ رضى الله عنه فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال « سألت زيد بن ثابت عن عرايا هذه التى يحلونها فقال فلان وأصحابه شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم فارخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطبا » *وقال الشافعى أيضاً فى كتاب البيوع من الأم قيل لمحمود بن لبيد أوقال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبى ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايا كم هذه قال فلان وفلان وسمى رجالا محتاجين من الأنصار وذكر معني ما تقدم ونقله البيهقي فى المعرفة عن الشافعى كذلك معلقاً لم يذكر له إسناداً يتصل به وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله إن الشافعي ذكر فيه حديثاً لا يدرى أحد منشاه

نكاح أم حبيبة بنت أبى سفيان »[1] « وأبا رافع لقبول نكاح ميمونة » وعن جابر رضى الله عنه قال « أردت الخروج إلى خيبر فذكرته لرسول الله ﷺ فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فأن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته »[2] وقد أدرج صاحب الكتاب رحمه الله تعالى مسائل الوكالة فى ثلاثة أبواب (أحدها) فى أركانها وبين فيه مايعتبر فى كل واحد منها لصحة العقد فيعرف بذلك

النجاشى عقد عليها عن النبى صلى الله عليه وسلم وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاصى كما فى المغازى وقيل عثمان بن عفان وهو وهم ☆

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع فى قبول نكاح ميمونة : مالك فى الموطأ والشافعى عنه عن ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلا أنه بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحرث وهو بالمدينة قبل أن يخرج ووصله أحمد والترمذى والنسائى وابن حبان عن سليمان عن أبى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالا وبنى بها حلالا وكنت أنا الرسول بينهما وتعقبه ابن عبد البر بالانقطاع بأن سليمان لم يسمع من أبى رافع لكن وقع التصريح بسماعه منه فى تاريخ ابن أبى خيثمة فى حديث نزول الأبطح ورجح ابن القطان اتصاله ورجح أن مولد سليمان سنة سبع وعشرين ووفاة أبى رافع سنة ست وثلاثين فيكون سنه ثمان سنين أو أكثر ﴿تنبيه﴾ الرجل الأنصارى المبهم يحتمل تفسيره بأوس بن خولى فقد روى الواقدى وفيه مافيه من طريق على بن عبد الله بن عباس قال لما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم الخروج إلى مكة بعث أوس بن خولى وأبا رافع إلى العباس فزوجه ميمونة ☆

(٢) ﴿ حديث ﴾ جابر أردت الخروج إلى خيبر فذكرته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا لقيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً فأن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته : أبو داود من طريق

ولا مبدأه ولا طريقه وذكره أيضاً بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجة يعني في اختصاصها بالفقراء وهذا سيأتي الكلام فيه والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء وذلك لا نزاع فيه وقد ذكر الترمذي هذا المعني من غير تعيين رواية قال لما ذكر حديث العرايا فى جامعه ومعني هذا عند بعض أهل العلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أراد التوسعة عليهم فى هذا لانهم شكوا اليه وقالوا لا نجد ما نشترى من التمر الا بالتمر فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق ان يشتروها فيأكلوها رطبا لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذي ببعض العلماء الشافعي وقال الماوردي ولم يسنده الشافعي لأنه نقله من السير وجملت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله ﷺ وهو معدود أيضاً من الصحابة على الصحيح فهو صحابي ابن صحابي من كبار العلماء وقوله ما عرايا كم هذه لأن زيداً كان أكبر منه واعلم بسنن النبي ﷺ فاراد أن يبينها له وقد رأيت فى الوافى فى شرح المهذب كلاماً لولا تفرق النسخ لكنت أزلته غيرة قال سمعت فقيها يقول ان محمود بن لبيد ساعتئذ كان يهوديا فلذلك قال هذا الكلام وكان الواجب أن يمحى هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ فلا حول ولا قوة إلا بالله نعوذ بالله أن نقول

صحيح الوكالة وفاسدها (والثاني) فى أحكام الوكالة الصحيحة فهى فائدة العقد وثمرته (وثالثها) فى الاختلاف لأنهما قد يختلفان فى أصل العقد وفى كيفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها (أما) الأركان فلا يخفي أن التوكيل تفويض ولا شك أن التفويض يكون في شيء يصدر من شخص الى شخص و يتحصل بشيء وهذه هى الأربعة التى ذكرناها لكن جعلها أركانا للوكالة كجعل البائع والمشترى والمبيع أركاناً للبيع وفيه كلام قدمناه فى البيع *

قال ﴿ الباب الأول فى أركانها وهي أربعة ﴿ الأول ﴾ ما فيه التوكيل وشروطه ثلاثة (الأول) أن يكون مملوكا للموكل * فلو وكل بطلاق زوجة سينكحها * أو بيع عبد سيملكه فهو باطل ﴾ *

الركن الأول مافيه التوكيل وله شروط (أحدها) أن يكون مايوكل فيه مملوكا له فلو وكل غيره فى طلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه أو اعتاق كل رقيق يملكه فوجهان (أحدهما) أن هذا التوكيل باطل لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه فلا ينتظم منه إنابة غيره فيه (والثانى) صحيح و يمكن بحصول الملك عند التصرف فأنه المقصود من التوكيل ويجرى الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أوطلقها زوجها وما أشبه ذلك و بالوجه الثاني

وهب بن كيسان عنه بسند حسن ورواه الدار قطنى لكن قال خذ منه ثلاثين وسقاً فوالله بالحمد ثمرة غيرها وعلق البخارى طرفاً منه فى أواخر كتاب الخمس *

مالا نعلم ولولا خشيت أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته و ينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن نبهت عليه خوفاً من أن يغتر به فيوقع بسببه فى نسبة هذا الرجل العظيم إلى مثل هذا فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه * والعرايا جمع عرية وهى تفرد صاحبها للأكل ووزن العرية فعيلة واختلف فى اشتقاقها على قولين قيل بمعنى فاعله وهو قول الأزهرى وابن فارس و يكون من عرى يعرى كأنها عريت من جملة النخيل فعريت أي خلت وخرجت كما يقال عرى الرجل اذا تجرد من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف كذلك عرية وعراءى ـ بهمزة بعد المدة مكسورة و بعدها ياء ـ ثم فتحت هذه الهمزة العارضة فى الجمع فصار عرائي تحركت الياء وانفتح ماقبلها قلبت الفاً فصار عراءا ثم إنهم كرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة مفتوحة لأن الهمزة كأنها الف فكأنه اجتمع ثلاث الفات فابدلوا من الهمزة ياء فقالوا عرايا فليس وزنها فعالى لأن هذه الياء ليست أصلية وانما وزنه فعايل وهذا الابدال والعمل واجب وكل هذه القواعد محكمة فى علم التصريف ومثل هدية وهدايا وقد قالوا فى جمعه أيضاً هداوا فاكثر النحويين جعلوا ذلك شاذا والاخفش قاس عليه وردوا عليه بانه لم ينقل منه الا هذه اللفظة أعنى هداوا فلم يأت مثل عداوى وشبهه وانما كتب بالياء كحنية وحنايا ومنية ومنايا قال شيخنا الاستاذ أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان الاندلسى فسح الله فى مدته لو ذهب ذاهب الى أن وزن هذا الجمع كله فعالى لكان مذهباً حسناً بعيداً من التكلف وانما دعا النحويين إلى ذلك التقديرات حملهم جمع المعتل على الصحيح فاجروا ذلك مجرى صحيفة وقد تكون أحكام للمعتل لا للصحيح وأحكام للصحيح لا للمعتل و يقال هو عرو من هذا الامر أى خلو منه و يقال لساحل البحر العراء لانه خلو من النبات

أجاب القفال فى الفتاوى وهو الذى أورده فى التهذيب (والأول) أصح عند أصحابنا العراقيين والامام ولم ينقل صاحب الكتاب غيره و يجوز أن يقال الخلاف عائد الى الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف وله نظائر *

قال ﴿ الثانى أن يكون قابلا للنيابة كأنواع البيع * وكالحوالة * والضمان * والكفالة * والشركة * والوكالة * والمضاربة * والجعالة * والمساقاة * والنكاح * والطلاق * والخلع * والصلح * وسائر العقود * والفسوخ * ولا يجوز التوكيل فى العبادات الا فى الحج وأداء الزكوات * ولا يجوز فى المعاصى كالسرقة والغصب والقتل بل أحكامها تلزم متعاطيها * ويلتحق بفن العبادات الأيمان والشهادات فأنها تتعلق بألفاظ وخصائص * واللعان والايلاء من الايمان * وكذا الظهار على رأى * ويجوز التوكيل بقبض الحقوق * وفي التوكيل بأثبات اليد على المباحات كالاصطياد

قال الله تعالى (فنبذناه بالعراء وهو سقيم) وقيل بمعني مفعوله من عراه يعروه إذا أتاه وتردد اليه لأن صاحبها يتردد اليها و يقال أعريته النخلة أى أطعمته ثمرتها يعروها قال الخطابى كما يقال طاب الى فاطلبته وهذا قول أبي عبيد الهروى وجوز أيضاً أن يكون بمعنى فاعله كما تقدم فعلى القول الثانى تكون لامها واواً أصلها عريوة اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون قلبت الواو ياء ثم ادغمت احداهما فى الأخرى ثم فعل بجمعه كما فعل به من غير فرق الا أنه على هذا القول يكون كمطية لا كهدية وهذا الوزن متى كانت لامه واواً اعتلت فى المفرد كان حكمه حكم مالامه ياء بخلاف الذى لامه واو وصحت في المفرد فله حكم آخر والله أعلم * وأما المراد بها هنا فعنى هو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض والعرايا نوع من المزابنة رخص فيه قال أهل اللغة الأزهرى والهروى وغيرهما إن النبي ﷺ نهى عن المزابنة وهى بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر رخص من جملة المزابنة فيما دون خمسة أوسق وهو أن يجيء الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له بعني من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر فيبيعه إياها ويقبض الثمن ويسلم اليه النخلات يأكلها و يتمرها قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى كتاب البيوع فى باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير المشهور والعرايا ثلاثة أصناف هذا الذى وصفنا أحدها وجماع العرايا كلما أفرد ليأكله خاصة ولم يكن فى جملة البيع من ثمر الحائط اذا بيعت جملة من واحد * والصنف الثانى أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر هدية يأكلها وهذه فى معني المنحة من الغنم يمنح الرجل الرجل الشاة أوالشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به وللمعرى أن يبيع ثمرها و يتمره و يصنع فيه مايصنع فى ماله لانه قد ملكه * والصنف الثالث أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها و يهديه و يتمره ويفعل فيه ما أحب و يبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه

والاستقاء خلاف * وفى التوكيل بالاقرار خلاف لتردده بين الشهادة والالتزامات * ثم ان لم يصح ففى جعله مقراً بنفس التوكيل خلاف * وكذلك يجوز التوكيل بالخصومة برضا الخصم وغير رضاه (ح) * وباستيفاء العقوبات فى حضور المستحق * وفى غيبته طريقان * أحدهما المنع * والآخر قولان * وقيل بالجواز أيضاً) *

يشترط فى الموكل فيه أن يكون قابلا للنيابة فان التوكيل تفويض وانابة والذى يفرض فيه التوكيل أنواع (منها) العبادات والأصل فيها امتناع النيابة لأن الأتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاء واختباراً واستثني الحج للأخبار ومن جنس الصلاة ركعتى الطواف على كلام فيها يأتى فى الوصايا وتفريق الزكاة والكفارات والصدقات الحاقاً لها بسائر الحقوق المالية وذبح الضحايا

مفردة من المبيع منه جملة وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لاهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون ولا يخرجه لتؤخذ زكاته وقيل قياسا على ذلك أن يدع ما أعرى المساكين منها فلا يخرصه وهذا بتعبيره فى كتاب الخرص انتهى كلام الشافعى رحمه الله تعالى وهذا الذى ذكره الشافعى من كونه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله نقله الأصحاب فى كتاب الزكاة قولاً قديماً ونقله النووى هناك عن نصه فى البويطى فى البيوع والقديم قال أبو عبيد القاسم بن سلام العرية النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا والأعراء أن يجعل له ثمرة عامها فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمر تلك النخلة من المعرى بتمر لدفع حاجته قال وقال بعضهم بل هو الرجل يكون له النخلة فى وسط نخل كثير لرجل آخر فيدخل رب النخلة الى نخلته وربما كان مع صاحب النخل الكثير أهله فى النخل فيؤذيه بدخوله فرخص لصاحب النخل الكثير أن يشترى ثمر تلك النخلة من صاحبها قبل أن يجذه

والهدايا فأن النبي ﷺ أناب (١) فيه وفى صوم الولي عن الميت خلاف سبق فى موضعه والحق بالعبادات الأيمان والشهادات قال فى الوسيط لأن الحكم فى الأيمان يتعلق بتعظيم اسم الله تعالى فامتنعت النيابة فيها كالعبادات وفى الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة حتي لم يقم غيرها مقامها فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل ومن جملة الأيمان الايلاء واللعان والقسامة فلا يجوز التوكيل فى شيء منها وفى الظهار وجهان بناء على أن المغلب فيه معنى اليمين أو الطلاق والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه وذكر فى التتمة أن الظاهر الجواز وأن المنع مذهب المزنى وفى معني الأيمان النذور وتعليق الطلاق والعتق والتدبير وفى التتمة أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية أو تعليق عتق بصفة فان قلنا بالثانى منعناه (ومنها) المعاملات فيجوز التوكيل في طرفى البيع بانواعه من السلم والصرف والتولية وغيرها وفى الرهن والهبة والصلح والأبراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة والاجارة والجعالة والمساقاة والايداع والاعارة والأخذ بالشفعة والوقف والوصية وقبولها وعن القاضى الحسين وجه أنه لا يجوز التوكيل فى الوصية لانها قربة ويجوز التوكيل فى طرفى النكاح والخلع وفى تنجيز الطلاق والعتاق والكتابة ونحوها وفى الرجعة وجهان (أصحهما) الجواز كابتداء النكاح فان كل واحد منهما استباحة فرج محرم (والثانى) المنع كما لو أسلم الكافر علي أكثر من أربع نسوة ووكل بالاختيار وكذا لو طلق إحدى امرأتيه وأعتق أحد عبديه

(١) ﴿حديث﴾ أنه صلى الله عليه وسلم استناب فى ذبح الهدايا والضحايا : متفق عليه من حديث على أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه الحديث وفى حديث جابر الطويل فى مسلم وأمر علياً أن يذبح الباق ✲

بتمر لئلا يتأذى به قال أبو عبيد والتفسير الأول أجود لأن هذا ليس فيه اعراء إنما هي نخلة يملكها رب‌ها فكيف تسمى عرية ومما يعين ذلك قول شاعر الأنصار يصف النخل

ليست بسنهاء ولا دجية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

يقول أنا نعيريها الناس والسنهاء الخفيفة الحمل والدجية الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل حملها قاله ابن الصباغ وروى أبو عبيد عن مكحول قال كان النبي ﷺ إذا بعث الخراص قال خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والوصية (قلت) وقد ورد فى حديث زيد بن ثابت فى معجم الطبرانى بسند صحيح رخص رسول الله ﷺ فى العرايا النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمراً لكن ليس فى ذلك تخصيص ان الذى يبتاعها هو الواهب ولا أن ذلك لدفع حاجته فهذا أولى ما يعتمد فى تفسيرها وهو مخالف للقولين اللذين قالهما أبو عبيد * قال الماوردى العرايا ثلاثة (مواساة) وهى ما يعطى للمساكين وذلك سنة (ومحاباة) وهى ما يتركها الخارص لمن يخرص نخله

ووكل بالتعيين وكما يجوز التوكيل فى العقود يجوز فى الاقالة وسائر الفسوخ نعم ما هو على الفور فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيراً وفى التوكيل فى خيار الرؤية خلاف سبق فى موضعه ويجوز التوكيل فى قبض الاموال مضمونة كانت أو غير مضمونة وفى قبض الديون واقباضها ومنها الجزية فيجوز التوكيل فى قبضها واقباضها نعم يمتنع توكيل الذمى المسلم فيه على رأى مذكور فى كتاب الجزية (ومنها) المعاصى كالقتل والقذف والسرقة والغصب فلا مدخل للتوكيل فيها بل أحكامها تثبت فى حق مرتكبها لان كل شخص بعينه مقصود بالامتناع عنها فأن فعل أجرى حكمها عليه * ثم فى الفصل وراء هذه الصور المبتورة مسائل (إحداها) فى التوكيل فى تملك المباحات كاحياء الموات والاحتطاب والاصطياد والاستقاء وجهان (أصحهما) الجواز حتى يحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل لانه أحد أسباب الملك فاشبه الشراء (والثانى) المنع كالاغتنام لان الملك فيها يحصل بالحيازة وقد حدث من التوكيل فيكون الملك له ولو استأجره ليحتطب له أو يستقى ففى التهذيب أنه على الوجهين و بالمنع أجاب القاضى ابن كج ورأى الامام جواز الاستئجار مجزوماً به فقاس عليه وجه تجويز التوكيل (الثانية) فى التوكيل بالاقرار وجهان وصورته أن يقول وكلتك لتقر عني لفلان (أظهرها) عند الاكثرين و يحكى عن ابن سريج واختيار للقفال أنه لا يصح لانه اخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة وانما يليق التوكيل بالانشاءات (والثانى) يصح لانه قول يلزم به الحق فاشبه الشراء وسائر التصرفات وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فعلى الاول هل يجعل بنفس التوكيل مقراً فيه وجهان (أحدهما) نعم و به قال ابن القاص تخريجاً واختاره الامام رحمه الله تعالى لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه (وأظهرها) عند

ليأ كلها

ليأ كلها عالما أنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها فذلك جائز لقوله صلى الله عليه وسلم « واذا خرصتم فدعوا لهم الثلث فدعوا الربع » (والمراباة) اختلف الفقهاء فيها فقال الشافعي رضي الله عنه بيع الرطب خرصا على النخل بكيله تمراً على الأرض في خمسة أوسق فأقل مع تعجيل القبض وذكر مذهب مالك وأبي حنيفة رضي الله عنهما وسنذكرها إن شاء الله تعالى * والرخصة اثبات الحكم على خلاف الدليل وقد ذكروا في حدها عبارات مختلفة أحسنها الاطلاق مع قيام المقتضي للمنع لغرض التوسيع فقولنا الاطلاق نريد به اباحة الأقدام التي تشتمل الواجب والمندوب والمباح وقولنا مع قيام المقتضي للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه فانه قد يقال إنه شرع مع الاسلام المقتضي للمنع مما ليس كذلك فلا يسمى رخصة وزاد بعضهم في حال حريته احتراز من القصاص فانه قاعدة كلية لكن يرد عليه السلم والاجارة وما أشبههما * ثم الرخصة قد يكون سببها الضرورة

صاحب التهذيب أنه لا يجعل مقراً كما أن التوكيل بالابراء لا يجعل ابراء واذا قلنا بالوجه الثاني فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقر به وقدره فلو قال قر عني بشيء لفلان فأقر أخذ الموكل بتفسيره ولو اقتصر على قوله أقر عني لفلان فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (أحدهما) أنه كما لو قال أقر عني بشيء (وأصحهما) أنه لا يلزمه شيء بحال لجواز أن يريد الاقرار بعلمه أو سماعه لا بالمال (الثالثة) يجوز لكل واحد من المدعى والمدعي عليه التوكيل بالخصومة رضي صاحبه أولم يرض وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى له الامتناع إلا أن يريد الموكل سفراً أويكون مريضاً أومخدرة وقال مالك رحمه الله تعالى له ذلك إلا أن يكون سفيها خبيث اللسان فيعذر الموكل في التوكيل * لنا أنه توكيل في خالص حقه فيمكن منه كالتوكيل باستيفاء الدين من غير رضا من عليه ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالا أو عقوبة لآدمي كالقصاص وحد القذف فأما حدود الله تعالى فلا يجوز التوكيل في اثباتها لانها مبنية على الدرء (الرابعة) يجوز التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى للامام والسيد في حد مملوكه وقد قال ﷺ في قصة ماعز « اذهبوا به فارجموه »[1] « وقال واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها »[2] وأما عقوبات الآدميين فكذلك يجوز استيفاؤها بالوكالة في حضور المستحق وفي غيبته ثلاث طرق (أشهرها)

---

(١) (حديث) أنه قال في قصة ماعز اذهبوا به فارجموه متفق عليه من حديث أبي هريرة قال أتى رجل من اسلم فقال يارسول الله إني زنيت الحديث وفي آخره فقال اذهبوا به فارجموه وصرح في الترمذي وغيره أنه ماعز بن مالك وسيأتي في الصحابا ::

(٢) (حديث) أنه صلى الله عليه وسلم قال واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها متفق عليه من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد وسيأتي في الحدود بتمامه ::

كأكل المضطر الميتة وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا فلما كان الدليل قائما علي تحريم بيع الرطب بالتمر ووردت العرايا على خلافه سمى ذلك رخصة والخرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه المخروص وأما الخرص بالفتح فهو المصدر وهو الحذر يقال خرص العبد يخرصه و يخرصه بضم الراء وكسرها في المضارع خرصاً وخرصاً بالفتح والكسر حذره قاله ابن سيده ثم قال وقيل الخرص المصدر والخرص الاسم والخراص الحذار (وأما) حكم المسألة فذلك مما لا خلاف فيه فى المذهب وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعى وأهل الشام وأحمد واسحق وأبو عبيد وداود ومن تبعهم من أهل العلم كلهم ذهبوا إلى أن ذلك جائز وجعلوه مستثني من جهة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر كذلك قال ابن المنذر وخالف فى ذلك أبو حنيفة وأصحابه ولمالك رحمه الله تعالى فى ذلك بعض مخالفة سأذكرها ان شاء الله تعالى قال الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب اختلاف الحديث وهو فى الجزء السادس عشر من الأم مخالفونا

على قولين (أحدهما) المنع وهو ظاهر نصه ههنا لانا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو وأيضاً فأنه ربما يرق قلبه عند الحضور فيعفو فليشترط الحضور (وأصحها) الجواز لأنه حق يستوفى بالنيابة فى الحضور فكذلك فى الغيبة كسائر الحقوق واحتمال العفو كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا كانت بالبينة فانه لا يمتنع الاستفاء فى غيبته (والثانى) و به قال أبو اسحق القطع بالجواز وحمل ماذكره ههنا على الاحتياط (الثالث) القطع بالمنع لعظم خطر الدم و بالمنع قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى وذكر الرويانى أنه الذى يفتى به * واذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله فى الكتاب وسائر العقود والفسوخ وان كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها لكن فى العقود ماهو مختلف فيه كالرجعة والوصية وفى الفسوخ أيضا طرد الفسخ وخيار الرؤية فيجوز اعلامه - بالواو - لذلك وقوله فى آخر الفصل وقيل بالجواز أيضاً طريقة ثالثة أوردها بعد الطريقين وثالثها محفوظة عن الشيخ أبي حامد ومن تقدم *

قال ﴿ الشرط الثالث أن يكون ما به التوكيل معلوماً نوع علم لا يعظم فيه الغرر * ولو قال وكلتك بكل قليل وكثير لم يجز * ولو قال وكلتك بما إلى من تطليق زوجاتى وعتق عبيدى و بيع أملاكى جاز * ولو قال وكلتك بما إلى من كل قليل وكثير ففيه تردد * ولو قال اشتر عبداً لم يجز (و) * ولو قال عبداً تركياً بمائة كفى * ولا يشترط أوصاف السلم * ولو ترك ذكر مبلغ الثمن أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف * والتوكيل بالأبراء يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرإ عنه لا علم الوكيل * ولا علم من عليه الحق * ولو قال بع بما باع به فلان فرسه فالعلم بمبلغ ما

معاً فى العرايافقالوا لانجيز بيعها وقالوا نرد اجازة بيعها بنهى النبي ﷺ عن المزابنة ونهيه عن الرطب بالتمر وهى داخلة فى المعنيين قال الشافعى رحمه الله تعالى فقيل لبعض من قال هذا منهم فان أجاز انسان بيع المزابنة بالعرايا لان النبي ﷺ قد أجاز بيع العرايا قال ليس ذلك له قلنا هل الحجة عليه الا هى عليكم فى أن يطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحل ما أحل ويحرم ما حرم وبحث الشافعى رحمه الله تعالى فى ذلك الى أن قال قال فكيف تقول قلت أحل ما أحل من بيع العرايا وأحرم ماحرم من بيع المزابنة وبيع الرطب بالتمر من العرايا وازعم انه لم يرد بما حرم ما أحل ولا بما أحل ما حرم فاطيعه فى الأمرين وما علمناك الاعطلت نص قوله فى العرايا وعامة من روى النهى عن المزابنة روى أن النبي ﷺ أرخص فى العرايا فلم يكن للتوهم ههنا موضع فنقول الحديثان مختلفان انتهى كلام الشافعى رحمه الله تعالى *وقال فى الاملاء فلا موضع للتوهم في أن يكون أحد الامرين قبل الآخر فيقال أحدهما ناسخ يعني لان رواة أحدهما هم رواة الآخر *وقال فى كتاب البيوع من الام

باع به فلان فرسه يشترط فى حق الوكيل لا فى حق الموكل * ولو قال وكلتك بمخاصمة خصماى فالأظهر جوازه وان لم يعين ﴾*

لا يشترط فى الموكل فيه أن يكون معلوما من كل وجه فأن الوكالة انما جوزناها لعموم الحاجة وذلك يقتضي المسامحة فيها ولذلك احتمل تعليقها بالاغرار على رأى ولم يشترط القبول فيها بالقول ولا على الفور ولكن يجب أن يكون معلوما مبينا من بعض الوجوه حتى لا يعظم ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الوكالة عامة أو خاصة (أما) الوكالة العامة فبين ما نقله الامام وصاحب الكتاب فيها تصويراً وحكما وبين مانقله سائر الاصحاب بعض التفاوت ونذكر الطريقين *قال الامام وصاحب الكتاب لو قال وكلتك بكل قليل وكثير ولم يضف الى نفسه فالتوكيل باطل لانه لفظ مبهم بالغ فى الابهام ولو ذكر الامور المتعلقة به الذى تجرى فيها النيابة وفصلها فقال وكلتك ببيع أملاكى وتطليق زوجاتى واعتاق عبيدى صح التوكيل فلو قال وكلتك بكل أمر هو لى مما يناب فيه ولم يفصل أجناس التصرفات فوجهان (أحدهما) يبطل كما لو قال وكلتك بكل قليل وكثير (والثانى) يصح لانه أضاف التصرفات الى نفسه فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمها وبين أن يفصلها جنسا جنسا والأول أظهر (وأما) سائر الأصحاب فأنهم قالوا لو قال وكلتك بكل قليل وكثير أو فى كل أمورى أوفى جميع حقوقى أو بكل قليل وكثير من أمورى أو فوضت اليك جميع الأشياء أو أنت وكيلى فتصرف فى مالى كيف شئت لم تصح الوكالة ولو قال وكلتك ببيع أموالى واستيفاء ديونى أواسترداد ودائعى أواعتاق عبيدى صحت الوكالة ووجه التفاوت بين الطريقين أنهما عللا المنع بأرسال لفظ القليل والكثير

ملخصه إن العرايا داخلة في بيع الرطب بالتمر والمزابنة وذلك منهى عنه وخارجة منه منفردة بخلاف حكمه إما بأن لم يقصد بالنهي قصدها واما بان أرخص فيهامن جملة ما نهى عنه وكأن الشافعي رحمه الله تعالى أشار بهذا التأويل في كلامه إلى النهى عن بيع الرطب بالتمر وعن المزابنة هل هو عام مخصوص أو عام أريد به الخصوص والله أعلم * والفرق بينهما أن الذى أريد به الخصوص يكون المراد فيه متقدماً على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخراً والعام المخصوص يكون متأخراً عن اللفظ أومقارنا ويكون المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد ذكر ذلك الماوردي وأطلق على العام المخصوص أنه أريد به العموم ولا يرد عليه أنه متى أريد عمومه كان الاخراج بعد ذلك نسخا لأن المراد ارادة العموم باللفظ ثم الاخراج منه كما يقول له على عشرة إلا ثلاثة فأن العشرة مراده وليس هو كقولك سبعة على المشهور والله أعلم * وأشار الجوزي إلى أن قول الشافعي لم يقصد بالنهى قصدها أنها ليست داخلة في المزابنة يعنى ويكون الاستثناء منقطعا وهو خلاف ماقاله الشافعي فأنه صرح مع ذلك أنها

وترك اضافتهما حتي ذكروا وجهين فيما إذا أضافهما والآخرون سووا بين ما اذا أرسل وبين ما اذا أضاف ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين وعالوا بأن في تجويز هذه الوكالة غرراً وضرراً عظيما لا حاجة إلي احتماله وهذه الطريقة أصح نقلا ومعني (أما) النقل فلأن الشافعي رضي الله عنه قال في اختلاف العراقيين واذا شهد الرجل لرجل أنه وكله بكل قليل وكثير له فالوكالة غير جائزة نص على المنع مع وجود الاضافة (وأما) المعني فلأن الانسان إنما يوكل فيما يتعلق به سواء نص علي الاضافة الى نفسه أولم ينص ولهذا قال لو وكل بشراء هذا لم يحتج الى أن يقول لى (وأما) الوكالة الخاصة ففيها صور (منها) أن يوكل ببيع أمواله أو قضاء ديونه أو استيفائها وقد نقلنا صحته عن الطريقين وهل يشترط أن تكون أمواله معلومة قال في التهذيب لو قال وكلتك ببيع جميع مالى وكان معلوما أو قبض جميع ديونى وهو معلوم لجاز فهذا التفسير يشعر بالاشتراط لكن الاشبه خلافه فان معظم الكتب لاتتعرض لهذا الاشتراط وفي فتاوى القفال لو قال وكلتك باستيفاء ديونى التى على الناس جاز مجملا وان كان لايعرف من عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة وأى جنس ذلك الدين وانما لايجوز إذالم يبين مايوكل فيه كأن يقول وكلتك في كل قليل وكثير وما أشبهه هذا لفظه وفي الرقم لأبي الحسين العبادى أنه لو قال بع جميع أموالى صح لأنه أعلم بالجملة ولو قال بع طائفة من مالى أو بعضه أو سهماً منه لم يصح لجهالته بالجملة فكان الشرط أن يكون الموكل فيه معلوما أو بحيث تسهل معرفته ولو قال بع ماشئت من مالى أو اقبض ماشئت من ديونى جاز ذكره صاحب المهذب والتهذيب وفي الحلية ماينازع فيه فانه قال لو قال بع من رأيت من عبيدى لاتجوز حتى يميز (ومنها) التوكيل

داخلة وقال فى باب آخر من الأم أيضاً انها يعني الزابنة جملة عامة المخرج أريد به الخصوص ويحتمل أن يكون التردد المذكور فى كلام الشافعي في أن الرخصة هل وردت مع النهى عن المزابنة على سبيل الاستثناء ووردت وحدها بغير ذلك كما سنذكر فى ذلك احتمالين للأصحاب وعلى ذلك حمله ابن الرفعة وعلى ذلك يدل كلامه فى الرسالة فأنه قال إن أولى الوجهين عنده أن يكون أراد به ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون رخص فيها بعد دخولها فى جملة النهى وان كان مراد الشافعي ذلك فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت فى مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك وقد قال الشافعي ان أولى الوجهين عنده أن يكون مانهى عنه جملة أراد به ماسوى العرايا وحديث زيد يقتضى أن يكون الثاني هو الأول بل المتعين وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد لأنه تكون الرخصة بعد ذلك

بالشراء فلا يكفي أن يقول اشتر لى شيئا أوحيوانا أورقيقا بل يشترط أن يبين أنه عبد أو أمة ويبين النوع من التركى والهندى وغيرهما والمعنى فيه أن الحاجة لاتكاد تمس الى عبد مطلق على أى نوع ووصف كان وفى الابهام غرر ظاهر فلا يحتمل وفى النهاية أن صاحب التقريب حكى وجها أنه يصح التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد ههنا واذا طرد فى شراء شئ كان أبعد لانه أبعد فى التوكيل بشراء شيء وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن فيه وجهان (أصحهما) لا وبه قال أبو حنيفة وابن سريج لان تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفيسا كان أو خسيسا ليس ببعيد (والثانى) أنه لابد من تقدير الثمن أو بيان غايته بان يقول بمائة أو من مائة الى الف لكثرة التفاوت فيه ولا يشترط استقصاء الاوصاف التى تضبط فى السلم ولا ما يقرب منها بالاتفاق نعم اذا اختلفت الاصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافا ظاهراً فعن الشيخ أبي محمد أنه لا بد من التعرض له إذا فرعنا على المذهب فى اعتبار التعرض للتركى والهندى (وقوله) فى الكتاب أو ذكر الثمن ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره وهو أن يقول اشتر لى عبداً بمائة ولا يتعرض لقوله تركياً وهندياً واثبات الخلاف فى هذه الصورة بعد الحكم بأنه لا بد من ذكر التركي والهندى مما لا يتعرض له الأئمة ولانه ذكر فى وسيط صاحب الكتاب فالوجه تأويله على اصطلاح استعمله الامام وذلك أنه سمى التركى والرومى والهندى أجناساً للرقيق فى هذا المقام واتباعاً للعرف وسمى الأصناف الداخلة تحت التركى مثلا أنواعاً له فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ههنا بالنوع ذلك وهو مما شرط التعرض له على ما روينا عن الشيخ أبي محمد وينتظم اثبات الخلاف فيه وحينئذ يكون المعني أو ذكر الثمن مع كون العبد تركياً أو لم يذكر صفته *ولو قال اشتر لى عبداً كما تشاء فظاهر

مبينة للعام المتقدم وقد أعاد الشافعى الكلام فى ذلك فى اختلاف الحديث وهو فى الجزء السادس عشر من الأم فى باب بيع الرطب من الطعام باليابس وجزم القول بأن المزابنة من العام الذى يراد به الخاص والعرايا لم تدخل فى نهيه يعنى لم تدخل فى الارادة وجزم هنك بأنه لايجوز الا أقل من خمسة أوسق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه قال ولو قال قائل هو داخل فى المزابنة لكان مذهبا يصح عندنا * واعتلت الحنفية بأمور (منها) حمل العرية على الهبة كما هو التفسير الثانى الذى يدل عليه شعر شاعر الأنصار قالوا فكأنه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمراً ويرجع فيها وسماه بيعا لأن ما دفع اليه من التمر كالعوض عما وهب به فتحمل

رأى الشيخ أبى محمد تجويزه لانه صرح بالتفويض التام بخلاف ما إذا اقتصر على قوله اشتر لى عبداً فأنه لم يأت ببيان معتاد ولا تفويض تام ولم يكتفى الأكثرون بذلك وفرقوا بينه و بين أن يقول فى القراض اشتر من شئت من العبيد لأن المقصود هناك الربح بنظر العامل وتصرفه فيليق به التفويض اليه وفى التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحلة والسكة وفى الحانوت للسوق وعلى هذا القياس (ومنها) لو وكله بالابراء قال القاضى الحسين اذا عرف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك ولم يجب اعلام الوكيل قدر الدين وجنسه وهذا هو الذى أورده فى الكتاب وقال فى المهذب والتهذيب لابد من أن يبين للوكيل قدر الدين وجنسه والأشبه الأول و يخالف ما اذا قال بع عبدى بما باع به فلان فرسه حيث يشترط لصحة البيع علم الوكيل لأن العهدة تتعلق به فلا بد وأن يكون على بصيرة من الأمر ولا عهدة فى الابراء ولو كان الموكل جاهلا بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر (وأما) قوله فى صورة الابراء ولاعلم من عليه الحق فاعلم أن فيه خلافا مبنياً على الأصل الذى مر فى كتاب الضمان وهو أن الابراء محض اسقاط أو تمليك فان قلنا اسقاط صح مع جهل من عليه الحق بمبلغ الحق وان قلنا تمليك فلا بد من علمه كما أنه لابد من علم المتهب بما وهب فأذا قوله ولاعلم من عليه الحق ينبغى أن يعلم بالواو وكذلك قوله علم الوكيل بما قدمناه وقوله يستدعى علم الوكيل يجوز اعلامه بالواو أيضاً لانا اذا صححنا الابراء عن المجهول لا نعتبر علم الموكل أيضا ثم ينتظر فى صيغة الابراء فان قال أبرىء فلاناً عن دينى أو أبرئه عن الكل وان قال عن شىء منه أو أبرئه عن قليل منه وان قال عما شئت ابرأه عما شاء وأبقى شيئاً (ومنها) اذا وكله بالخصومة فيذكر مايدخل فيه ومالا يدخل والغرض الآن أنه لو أطلق وقال وكلتك بمخاصمة خصمای هل يصح التوكيل فيه وجهان (أصحهما) نعم ويصير وكيلا فى جميع الخصومات (والثانى) لا بل يجب تعيين من يخاصم معه لاختلاف الغرض به وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذى مر فيما اذا وكل ببيع أمواله وهى غير معلومة *

العرية على الحقيقة والبيع على المجاز واختلفوا على هذا فى الرخصة فقيل انها عائدة الى المعرى لأنه وعد فاخلف قال الدينيي (١) الحنفى يعزى ذلك الى عيسى بن ابان وقيل إنها عائدة إلى المُعري لأنه أخذ العوض عما لم يملكه قالوا وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعرية على المجاز وهذا ممنوع لأنه تقدم أن للعرية تفسيرين فلامجاز ولو سلم لوجب حمله على ماقلناه كما دل عليه كلام الشافعى وقاله المصنف فى النكت لوجوه (أحدها) أن المنهى عنه فى أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثني أيضا بيعا (والثانى) أن الرخصة لاتكون إلا عن خطر والخطر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة (والثالث) أنه قدر

(١) كذا بالاصل فحرر

قال ﴿ الركن الثانى الموكل وشرطه أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية * فلا يصح توكيل الصبي (ح) والمجنون * ولا يصح (ح) توكيل المرأة فى عقد النكاح * ويجوز توكيل الاب والجد * توكيل الوكيل الا إذا عرف كونه مأذوناً بلفظ أو قرينة * وفى توكيل الولى الذى لا يجبر تردد لتردده بين الولى والوكيل ﴾ *

يشترط فى الموكل أن يتمكن من مباشرة ما يوكل فيه إما بحق الملك لنفسه أو بحق الولاية على غيره وفى هذا الضابط قيدان (أحدها) التمكن من مباشرة ذلك التصرف فمن لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف كالصبى والمجنون والنائم والمغمى عليه لايصح منه التوكيل والمرأة لايصح منها التوكيل فى النكاح وكذا توكيل الفاسق فى تزويج ابنته إذا قلنا لايليه وتوكيل السكران حكمه حكم سائر التصرفات (والثاني) كون التمكن بحق الملك والولاية فيدخل فيه توكيل الاب والجد فى النكاح والمال ويخرج عنه توكيل الوكيل فانه ليس بمالك ولا ولى نعم لو مكنه الموكل من التوكيل لفظاً أو دلت عليه قرينة نفذ وتفصيله سيأتى فى الباب الثاني وفى معناه توكيل العبد المأذون لانه إنما يتصرف عن الاذن لابحق الملك ولا الولاية وفى توكيل الاخ والعم ومن لايجبر فى النكاح وجهان يعزوان فى النكاح لانه من حيث لايعزل كالولى ومن حيث انه لا يستقل كالوكيل والمحجور عليه بالفلس والسفه والرق يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات وفيما لا يستقل لا يجوز الا بعد اذن الولى والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها أو بيع عبد سيملكه فقياسه تجويز توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولى ولم يتعرضوا له ولنعرف فى الضابط المذكور أموراً (أحدها) أنه يستثنى عنه بيع الاعمى وشراؤه فانه يصح التوكيل وان لم يملكه الاعمى للضرورة (والثانى) أنه اذا انفذ توكيل الوكيل على ما سيأتى فمنصو به وكيل الموكل أو وكيل الوكيل فيه خلاف ستقف عليه واذا كان وكيل الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكا للتصرف بحق الملك والولاية (وقوله) ولا يصح توكيل المرأة فى عقد النكاح معلم — بالحاء — لما اشتهر عن مذهبه *

بخمسة أوسق وما قالوه لايختص (والرابع) ما تقدم من حديث محمود بن لبيد واعتلوا أيضا بأنه اذا لم يجز البيع بالخرص وهو على الارض فعلى النخل أولى لأنه أقرب إلى الغرر (وأجاب) المصنف فى النكت بأنه هنا تدعو الحاجة اليه وفى الأرض لا تدعو الحاجة اليه لانه لا يمكنه ان يأكل الرطب مع الناس وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة اليه ومالا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما قالوا فى السلم المؤجل يجوز مع كثرة الغرر ولا يجوز الحال مع قلة الغرر وقال الشيخ ولان فى الأرض لم يجعل الخرص طريقا لمعرفة المقدار وفي الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار و يعرف بها التساوى فى حال الادخار وهذا الجواب من المصنف يقتضى انه قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر فى الارض فيما دون خمسة أوسق وهو الصحيح من المذهب وفيه خلاف تقدم عن صاحب التتمة وسأذكره ان شاء الله تعالى واعتلوا أيضا بأن ذلك كان قبل تحريم الربا و يبطله استثناؤها من المزابنة وهذا يدل على انه بعد تحريم الربا ولأنه لو كان كذلك لم يحتج الى الخرص واعتلوا أيضا بأمور أخر لامتعلق لهم بها (وأما) مالك رحمه الله تعالى فهو وان وافق على مقتضى الحديث يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعى وهو

قال ﴿ الركن الثالث الوكيل و يشترط فيه صحة العبارة وذلك بالتكليف * ولا يصح (ح) توكيل الصبى الا فى الاذن في الدخول وايصال الهدية على رأى * ولا يصح توكيل المرأة (ح) والمحرم (ح) فى عقد النكاح * والاظهر جواز توكيل العبد والفاسق فى ايجاب النكاح * وكذا المحجور بالسفه والفلس اذ لا خلل فى عبارتهم * ومنع استقلالهم بسبب أمور عارضة ﴾ *

كما يشترط فى الموكل التمكن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه يشترط فى الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه فلا يصح توكيل المجنون والصبى فى التصرفات واستثنى فى الكتاب الاذن فى دخول الدار والملك عند ايصال الهدية ففى اعتبار عبارته فى الصورتين وجهان سبق ذكرها فى أول البيع فان جاز ذلك فهو وكيل من جهة الآذن والمهدى واعلم أن تجويزهما اذا كان على سبيل التوكيل فلو أنه وكل بأن يوكل غيره فامتياز تخريجه على الخلاف فى أن الوكيل هل يوكل فان جاز لزم أن يكون الصبى أهلا للتوكيل أيضا وعند أبى حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى يصح توكيل الصبى المميز والمرأة والمحرم مسلوبا العبارة فى النكاح فلا يتوكلان فيه كما لا يوكلان خلافا لابى حنيفة وذكر فى التتمة أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية فى رجعة نفسها ولا توكيل المرأة امرأة أخرى لان الفرج لا يستباح بقول النساء وأنه لا يجوز توكيل المرأة فى الاختيار فى النكاح إذا أسلم الكافر علي أكثر من أربع نسوة وفى الاختيار للفراق وجهان سبق ذكرها فى باب معاملة العبيد وفى توكيله فى قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان (أصحهما) الجواز وانما لم يجز قبوله لنفسه

أن يهب الرجل الرجل ثمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له فيشتريها بخرصها تمرا وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا لكن الخلاف معه فى قصرها علي ذلك فقال إنه لايجوز بيعها من غير صاحب البستان إلا بعرض أو نقد ونحن نقول يجوز وقال إنه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال لايجوز نقدا على ماحكى عنه وعلى هذا لاتبقى صورة فى العرايا يحصل فيها اتفاق بيننا و بينه لأن مادون خمسة أوسق نجيزه نحن نقدا ولانجيزه نسيئا وهولايجيزه و يجيزه نسئا فى بعض الصور وجوز شراءها لمعريها ولورثته وكذلك يجوز عنده شراء ثمرة نخلة أصلها لغيره فى حائطه قال وليس بقياس ولكنه موضع تخفيف ونقل الماوردى عنه أنه يجوز ذلك جبرا و يجريه مجرى الشفعة خوفا من سوء المشاركة واختلفت المالكية فى علة الجواب فى منعها من المعرى فقيل لوجهين لدفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرفق فى الكفاية وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله لا يجوز إلا لدفع الضرر خاصة وأنه إذا أعرى خمسة أوسق أو دونها لم يجز أن يشترى بعض عريته لأن الضرر الذى أرخص به قائم قاله فى تهذيبهم قال الشافعى في اختلاف الحديث ووافقنا بعض أصحابنا فى جملة قولنا فى بيع العرايا ثم عاد فقال لاتباع إلا من صاحبها الذى أعراها إذاتأذى بدخول الرجل عليه بتمر إلى الجذاذ قال الشافعي رضى الله عنه كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولاحرمها فنقول قول من حرمها وزاد فقال تباع بتمر نسيئة والنسيئة عنده فى الطعام حرام وزاد أن أجلها الى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام الى أجل و إلى أجل مجهول لأن الجذاذ مجهول واحتج المنتصرون لمالك رحمه الله فى تفسير العرية بذلك بقول ابن عمر كانت العرايا أن يعرى الرجل فى ماله النخلة والنخلتين رواه البخارى

لما أن يتعلق به المهر ومؤن النكاح وفى توكيله فى طرف الايجاب وجهان (أحدهما) المنع لانه لا يجوز أن يزوج ابنته فأولى أن لا يزوج أبنة غيره (والثانى) الجواز لصحة عبارته فى الجملة وانما لم يل امر ابنته لانه لا يتفرغ للبحث والنظر وههنا تم البحث والنظر من جهة الموكل وهذا أظهر عند صاحب الكتاب والأول أظهر عند المعظم وربما لم يذكروا غيره وتوكيل المحجور عليه بالسفه فى طرف النكاح كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق فى ايجاب النكاح كتوكيلهما إذا سلبنا الولاية بالفسق ولا خلاف فى جواز قبوله بالوكالة والمحجور عليه بالفلس يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة وكذا فيما يلزم عهدة على الاصح من الوجهين كما أن شراءه صحيح علي الصحيح ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين كما يجوز أن يفوض الزوج طلاق زوجته اليها وقوله فى الكتاب ومنع استقلالهم بأمور عارضة أى هم صحيحو العبارة كالو الحال وانما منعناه لأمور تعرض فيمنع استقلالهم بالتصرف لا مطلق التصرف على ما مر *

تعليقا عن محمد بن اسحق وقال البخاري وقال يزيد عن سفيان بن حسين العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها رخص لهم أن يبيعوا بما شاءوا من التمر و بشعر شاعر الأنصار المتقدم (قلت) وقد وجدت لهم ماهو أولى بأن يتعلقوا به فمن ذلك وهو الحديث الذي تقدم قريبا عن معجم الطبراني عن زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ فى العرايا النخلة والنخلتين يوهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمرا وليس فيه دليل لأنه لم يخص أن الواهب هو الذي يبتاع كما تقدم وكما سنذكره إن شاء الله تعالى قال الامام أبو الفتح بن دقيق العيد و يشهد لتأويل مالك أمران أحدهما أن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا (والثانى) قوله رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها فانه يشعر باختصاصه بصفه يتميز بها عن غيره وهى الهبة الواقعة (قلت) أما الاول فانه معارض بقول يحيى بن سعيد الأنصارى أحد شيوخ مالك وهو أيضا مدنى عالم ففى صحيح مسلم عن يحيى بن سعيد أنه قال العرية أن يشترى الرجل تمر النخلات بطعام أهله رطبا بخرصها تمرا وهذا هو قولنا وأما الثانى فان الهبة هي التى يتميز بها عن غيره مختصة بمشترى العرية لا ببائعها فلو كان كذلك لقال رخص لصاحب العرية أن يشتريها والحديث إنما قال أن يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذى ذكرته لهم فليس فيه مايدفع قولنا ونحن

﴿ فرع ﴾ توكيل المرتد فى التصرفات المالية يبنى على انقطاع ملكه و بقائه إن قطعناه لم يصح وان أبقيناه صح وان قلنا إنه موقوف فكذلك التوكيل ولو وكل ثم ارتد ففي ارتفاع التوكيل الاقوال ولو وكل مرتداً أو ارتد الوكيل لم يقدح فى الوكالة لان التردد فى تصرفه لنفسه لا لغيره هكذا نقل الاصحاب عن ابن سريج وفى التتمة أنه يبني على أنه هل يصير محجوراً عليه ان قلنا نعم انعزل عن الوكالة والا فلا *

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة ولا بد من الايجاب * وفى القبول ثلاثة أوجه * الا عدل هو الثالث وهو أنه لو أتى بصيغة عقد كقوله وكلتك أو فوضت يشترط القبول * وان قال بع او أعتق فيكفى القبول بالامتثال كما فى اباحة الطعام * واذ لم يشترط قبوله ففى اشتراط علمه مقرونا بالوكالة خلاف * ولا خلاف فى أنه يشترط عدم الرد منه * فان رد انفسخ لأنه جائز * وفى تعليق الوكالة بالاغرار خلاف مشهور * فان منع فوجد الشرط فقد قيل يجوز التصرف بحكم الاذن * وفائدة فساده سقوط الجعل المسمى والرجوع الى الاجرة * ولو قال وكلتك فى الحال ولا تتصرف الا بعد شهر فهو جائز (و) يلزمه الامساك * ومهما صححنا التعليق فقال مهما عزلتك فأنت وكيلى فطريقه فى العزل أن يقول ومهما عدت وكيلى فأنت معزول حتى يتقاوما فى الدور ويبقى أصل الحجر ﴾ *

نسلم أن العرية كانت تطلق على ذلك لأن الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الافراد بذلك السبب ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو الغالب ولكنه لم يقل أن يبيعها من معريها بل أطلق فيبقى على اطلاقه وله أن يبيعها ممن شاء ولهذا فى حديث سهل بن أبى حثمة الذى فى صحيح مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رخص فى بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها اهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبا فقوله أهل البيت مطلق وليس في شيء من الاحاديث الواردة فى ذلك أن ذاك يختص ببيعها من المعرى فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقا من كل أحد ولا يضرنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت له النخلات وردت الرخصة لهم فى البيع (فأن قلت) فعلى هذ لا تكون الرخصة للبائع والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشترى الذى لا نقد بيده رخص له أن يشترى الرطب لحاجته اليه بالتمر (قلت) الرخصة لكل منهما رخص للمشترى أن يشترى كذلك ورخص للبائع أن يبيع لانه كان ممنوعا قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر وسبب الرخصة فى حقه أمران (أحدهما) حاجة المشتري اليه وهو الذى لا رطب عنده أعني الذى تقتضى العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم «يأكلونها رطبا» (والثانى) أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين وهبت لهم وظاهر حالهم الحاجة وقد لا تصبر النفس على أكل الرطب دائما وتطلب التمر الذى هو القوت المعتاد عندهم ولا كذلك اصحاب النخيل الذين ليسوا من المساكين فأنهم مستغنون عن البيع فى الحال جملة وظاهر حالهم الغني عن شراء الرطب والتمر معا فلذلك والله أعلم وردت الرخصة فى حق أصحاب العرايا لأنهم مظنة البيع لا لأن فيهم

الفصل يشتمل على مسألتين (احداها) لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له والا فكل أحد ممنوع عن التصرف فى حق غيره وذلك مثل أن يقول وكلتك بكذا وفوضته اليك وانبتك فيه وما أشبهها ولو قال بع وأعتق ونحوها حصل الاذن وهذا لا يكاد يسمى إيجابا وانما هو أمر و إذن والايجاب هو قوله وكلتك وما يضاهيه وعلى هذا فقوله فى الكتاب ولابد من الايجاب أى وما يقوم مقامه وأما القبول فانه مطلق بمعنيين (أحدهما) الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد (والثانى) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر فى البيع وسائر المعاملات و يعتبر فى الوكالة القبول بالمعني الاول حتى لو رده وقال لا أفعله أولا أفعل بطلت الوكالة ولو ندم وأراد أن يفعل لاينفع بل لابد من إذن جديد وذلك لان الوكالة جائزة ترتفع فى الدوام بالفسخ فلأن يزيد فى الابتداء بالرد كان أوجه وأما بالمعنى الثانى فقد نقل الامام طريقين (أحدهما) أن فى اشتراطه وجهين (أحدها) المنع لأنه إباحة ورفع حجر فأشبه اباحة الطعام ولا يفتقر إلى القبول اللفظى (والثانى) الاشتراط لانه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل فليقبل كما فى سائر التمليكات والثانية عن

معنى مصححا للبيع ليس فى عيرهم فأصحاب العرايا هم البائمون والمشترى لم يرد فى شيء من الأحاديث فيه تقييد الا فى حديث محمود بن لبيدعن زيد من ذكر المحاويج وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا والله أعلم * ومما يبعد ماذهبت اليه المالكية أنه لو كان الرخصة فى ذلك لاجل ضرر المداخلة لم تفترق الحال بين خمسة أوسق وما فوقها وقد سلمت المالكية اختصاصها بالخمسة الأوسق كما فى الحديث والله أعلم * واشترط الخرقى من الحنبلية كون العرية موهو بة من بائعها كما قاله مالك والظاهر عندهم خلافه والله أعلم * وقد جمع الماوردى مرجحات المذهب فى خمسة أوجه استثنوها عن المزابنة واثباتها بلفظ الرخصة المشعر بتقدم الحظر وبلفظ البيع المقتضى عوضها واعتبار المساواة بالخرص وتقديرها بقدر مخصوص وبسط ذلك معلوم مما تقدم قال القاضى أبو الطيب والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه. وقد أفاد كلام المصنف فى التصوير شروطا كلها موجودة فى مختصر المزنى (أحدها) أن يخرص ما على النخيل من الرطب أى رطبا ويخرص مايجيء منه اذا جف فيأتى المتبايعان إلى النخل ويحررانها و يقولا فيها الآن وهى رطب ستة أوسق مثلا وإذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق فتباع بأربعة أوسق تمراً فان زاده على الأربعة مدا أو نقصه مدا لم يجز لظهور المفاضل ولايضركون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق فأما خرصه رطبا فلابد منه وان خرص مايجيء منه جافا فسيأتى فيه شيء عن أحمد في الشرط الثالث مما نحن نتكلم فيه إن شاء الله تعالى فى كيفية الخرص مستوفى فى باب زكاة النبات (الثانى) أن يكون الثمن الذى يباع به معلوما بالكيل لقوله ثم يبيع ذلك بقدره وهذا لاخلاف فيه عند القائلين

القاضى الحسين أن الوجهين فيما اذا أتي بصيغة عقد بأن قال وكلتك أو فوضت اليك فأما فى صيغ الامر نحو بع واشتر فلا يشترط القبول باللفظ جزماً بل يكفى الامتثال على المعتاد كما فى إباحة الطعام واذا اختصرت خرج من الطريقين ثلاثة أوجه كما ذكر فى الكتاب والطريقة الثانية هى التى ذكرها فى التتمة وجعل قوله أذنت لك بمثابة قوله بع وأعتق لا بمثابة قوله وكلتك وان كان اذنا على صيغ العقود قال والمذهب أنه لا يعتبر فى الوكالة القبول لفظا وهذا ما أجاب به فى التهذيب وآخرون وان مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق وسماه أعدل الوجوه (التفريع) إن شرطنا القبول فهل يجب أن يكون على الفور ظاهر المذهب أنه لايجب لانه عقد يحتمل ضربا من الجهالة يحتمل فيه تأخير القبول كالوصية وعن القاضى أبى حامد أنه يجب أن يكون على الفور كالبيع وعن القاضى الحسين أنه يكتفى بوقوعه فى المجلس هذا فى القبول اللفظى (فاما) بالمعنى الاول فلايجب التعجيل بحال ولوخرج على أن الامر هل يقتضى الفور لما بعد و إن لم يشترط الفور فلو وكله والوكيل لايشعر به هل تثبت وكالته قال فى النهاية فيه وجهان يقربان

بأباحة بيع العرايا ومستنده حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا هذا لفظ البخاري ومسلم جميعا قال البخاري وقال ابن ادريس لا يكون إلا بالكيل من التمر يداً بيد لايكون بالجزاف ومما يقويه قول سهل بن أبي حثمة بالاوسق الموسقة هذا لفظ البخاري يريد بذلك أن الأوسق لاتكون الا كيلا ولان الاصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر على الاصل وان ترك الكيل من الطرفين يكثرة الغرر وفي تركه من أحدهما تقليل الغرر ولا حاجة الى التطويل في ذاك فأنه لاخلاف فيه فلايجوز بيع تمر جزافا وقد صرح بذلك الشافعي في الأم والروياني في البحر وابن ادريس الذي نقل البخاري عنه هو عبد الله بن ادريس الأودي وعلى ذهني أن بعضهم قال انه الشافعي ولم يحضرني موضعه الآن والمشهور الأول (الثالث) أن يكون البيع بقدر مايجيء منه تمراً ولا يضركون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق كما تقدم تمثيله وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطباً ويعطى تمراً خرصه قال ابن قدامة منهم وهذا يحتمل الاول أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لانه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولان الاصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لايباع الرطب بالتمر خواف الاصل في بيع الرطب بالتمر فبقي ماعداه على قصة الدليل والصحيح عندهم خلاف هذا والجواب عن الدليلين المذكورين لايخفى وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمراً لاحاجة اليه عندهم قال القاضي والاول أصح لانه مبني على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمراً (الرابع) أن يتقابضا فمتى تفرقا قبل

من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل فالوكالة أولى بان لاتثبت لانه تسلط على التصرفات فان لم نثبتها فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا وفيه وجهان عن رواية الشيخ أبي محمد ان لم نحكم به فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة والاظهر ثبوت الوكالة وان لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل وهو غير عالم بالتوكيل ثم تبين الحال خرج على الخلاف فيما اذا باع مال أبيه على ظن أنه حي وكان ميتاً ومن فروع هذا الخلاف أناحيث لانشترط القبول نكتفي بالكتابة والرسالة ونجعله مأذونا في التصرف وحيث اشترطناه فالحكم كما لو كتب بالبيع الذي أجاب به القاضي الروياني في الوكالة بالجواز (ومنها) اذا اشترطنا القبول في الوكالة فلو قال وكلني بكذا فقال الموكل وكلتك هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله وكلني فيه خلاف كما في البيع ونحوه ثم قيل الوكالة أحوج للاشتراط لانها ضعيفة ولو عكس موجها بان الوكالة يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع فكانت أولى بعدم الاشتراط لكان أقرب (الثانية) إذا علق الوكالة بشرط فقال اذا قدم زيد

التقابض فسد العقد نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى والاصحاب من غير خلاف فيه والتقابض فى التمر ظاهر بالكيل والنقل (وأما) فى الرطب الذى على النخل فبالتخلية بين المشترى و بين النخلة هكذا نص الشافعى والاصحاب وهذا المراد بقوله وليسلم اليه قبل التفرق قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم ولا يجوز البيع فيها حتى تقبض النخلة بثمرها ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة فى ذلك وقد تقدم من حكاية الشافعى وعن مالك جواز ذلك الى الجذاذ وبحثه فى ذلك كاف واستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالتخلية اذا قلنا بالقديم وهو أن الثمرة تكون من ضمان البائع الى أن (١) القطع ولا يشترط حضور التمر عند ثمر النخيل بل لو تبايعا بعد رؤية التمر والثمرة ثم خلى بينه وبين الثمرة ثم مشيا الى التمر فسلمه جاز قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى والبغوى قال الرافعى ويشترط فى هذه المدة أن لا يفترقا قال الماوردى فاذا افترقا لزمت العرية ولا خيار ثم المشترى بعد ذلك أن يجتنى ثمرة النخلة حالا بعد حال عند ادراكها

﴿ فرع ﴾ لو باع الرطب على الارض بالتمر هل يجرى حكم العرايا فيه فيصح فى خمسة أوسق أو دونها قال المحاملى لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز لان معني العرايا لا يوجد فيه وبذلك جزم كثيرون وقد حكي فى طريق المراوزة وجهان حكاهما الفورانى والمتولى والامام وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزما وقد تقدم التنبيه على ذلك *

(١) بياض بالأصل فحرر

أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا أو أنت وكيلى ففيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن أبى حنيفة وأحمد أنها تصح لانها استنابة فى التصرف فاشبهت عقد الامارة فانها تقبل التعليق على ماقال عليه الصلاة والسلام فان أصيب جعفر فزيد (وأظهرهما) المنع كما أن الشركة والمضاربة وسائر العقود لاتقبل التعليق وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة هل تفتقر الى القبول (إن قلنا) لاتفتقر جاز التعليق وإلا لم يجز لأن فرض القبول فى الحال والوكالة لم تثبت بعد بعيد وتأخرها الى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب ولو نجز الوكالة وضرب للتصرف شرطا بأن قال وكلتك الآن ببيع عبدى هذا ولكن لاتبيعه حتى يجىء رأس الشهر صح التوكيل بالاتفاق ولا يتصرف الا بعد حصول الشرط. وتصح الوكالة المؤقتة مثل أن يقول وكلتك إلى شهر قاله العبادى فى الرقم و يتعلق بالخلاف فى تعليق الوكالة قاعدتان (إحداهما) إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط. ففى صحة التصرف وجهان (أصحهما) الصحة لان الاذن حاصل وإن فسد العقد فصار كما لو شرط فى الوكالة عوضاً مجهولا فقال بع كذا على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة لكن لو باع صح (والثانى) و به قال الشيخ أبي محمد انه لايصح لفساد العقد. ولا اعتبار

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التتمة إذا اشترى الرطب بالتمر يعني فى العرايا فأن أكل الرطب ولم يجففه فالعقد ماض على الصحة وإن جففه فكان بقدر التمر أو كان التفاوت بقدر مابين الكيلين فالعقد نافذ وإن ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم ببطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد جزم بذلك المتولى ولم يحك فيه خلافاً وذكره صاحب البحر عن بعض أصحابنا كما فى التتمة واقتصر عليه وكذلك فى تعليق القاضى حسين أنه قاله بعد السؤال فى الدرس وفيه وجه أنه يفسخ من الكثير بقدر القليل ولمشترى الكثير الخيار حكاه البغوى والرافعى *

﴿ فرع ﴾ يجوز أن يقع العقد على الذمة فيقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذاوكذا من التمر ويصفه ويجوزأن يقع على معين فيكيل من التمر بقدرخرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله ولا يتفرقا قبل القبض قاله المحاملى وهومذهب أحمد أيضاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رحمه الله تعالى والجائحة فى العرايا والبيع غيرها سواء *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى والرويانى لا تجوز العرية الا فيما بدا صلاحه بسراً كان أو رطباً فنبه بذلك على اشتراط بدو الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب وقل من نبه عليه من الأصحاب وعلل الرويانى الأول بأنه وقت الحاجة (وأما) الثانى فلأن الحاجة الى البسر كالرطب والله أعلم * وقد تقدم عن الماوردى الخلاف فى بيع الطلع بالتمر وذلك فى غير العرايا فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفريعاً على القول بالمنع هناك ومتى جاز فى غير العرايا جاز فيها بطريق أولى *

بالاذن الذى يتضمنه العقد الفاسد ألا ترى أنه لو باع بيعا فاسدا وسلم المبيع لايجوز المشترى التصرف فيه وان تضمن البيع والتسليم الاذن فى التصرف والتسليط عليه قال فى التتمة وأصل المسألة ماإذا كان عنده رهن لدين مؤجل فاذن المرتهن فى بيعه على أن يعجل حقه من الثمن وفيه اختلاف قد تقدم وهذا البناء يقتضى ترجيح الوجه الثانى لأن النص وظاهر المذهب هناك فساد الاذن والتصرف (فان قلنا) بالصحة فأثر فساد الوكالة أنه يسقط الجعل المسمى ان كان قد سمى له جعلا ويرجع الى أجرة المثل وهذا كما أن الشرط الفاسد فى النكاح الفاسد يفسد الصداق ويوجب مهرالمثل وإن لم يؤثر فى النكاح (الثانية) إذا قال وكلتك بكذا ومهما عزلتك فأنت وكيلى ففى صحة الوكالة فى الحال وجهان (أصحهما) الصحة ووجه المنع اشتمالها على الشرط الفاسد وهو الزام العقد الجائز (فان قلنا) بالصحة أو كان قوله مهما عزلتك مفصولا عن الوكالة فاذا عزله نظر ان لم يشعر به الوكيل واعتبرنا شعوره فى نفوذ العزل فهو على وكالته وان لم نعتبره أو كان شاعرا به ففى عوده وكيلا بعد العزل وجهان مبنيان على أن الوكالة

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وهل يجوز للأغنياء فيه قولان (أحدهما) لا يجوز وهو اختيار المزني لأن الرخصة وردت في حق الفقراء والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقي في حقهم على الحظر (والثاني) أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر الا أنه رخص في العرايا أن تبتاع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً ولم يفرق ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع ﴾ *

﴿الشرح﴾ حديث سهل هذا رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى وغيرهما ولفظ البخاري أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً ولفظ مسلم قريب منه وفي رواية الترمذي زيادة وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه بعد قوله العرايا * واللفظ الذي ذكره المصنف لفظ رواية الشافعي كذلك رويناه عنه في السنن من رواية المزني وفي المسند من رواية الربيع في السنن العرايا وفي المسند العرية وفيها يأكلها أهلها رطباً والأهل الذين يأكلونها رطباً هم المشترون بلا شك وفي رواية البخاري الاخرى يبيعها أهلها فجعل الأهل بائعين ويصح اطلاق الأهل على كل منهما على البائع قبل البيع وعلي المشتري بعده لكن قوله يأكلونها رطباً لا يصح أن يعود على الأهل البائعين لانهم لا يأكلونها رطباً بل يأخذون الثمن فهو عائد علي معلوم في النفس وان لم يجر له ذكر أي يأكلها الذين يبتاعونها رطباً وقد يتعسف متعسف فيجعل الأهل في قوله يبيعها أهلها منصوبا ويكونوا مشترين لا بائعين أي يبيعها من أهلها ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك ان كان باع لا يتعدى الى مفعولين بنفسه والله أعلم * والخرص بالكسر تقدم التنبيه عليه (وأما) حكم المسألة ففيها طريقان (أصحها) القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء وهذه الطريقة مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي كما ستعرفه ونسبها الماوردي إلى جمهور الأصحاب وهي الظاهر من كلام الشافعي (والثانية) فيها قولان وهي التي

هل تقبل التعليق لانه علق التوكيل ثانيا بالعزل (أظهرهما) المنع (والثاني) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنه يعود وكيلا فعلى هذا ينظر في اللفظة الموصولة بالعزل ان قال اذا عزلتك أو مهما أو متى لم يقتض ذلك عود الوكالة الامرة واحدة وان قال كلما عزلتك اقتضي العود مرة بعد أخرى لأن كلما تقتضى التكرار دون غيرها على ماستعرفه في أبواب الطلاق ان شاء الله تعالى فلو أراد أن لا يعود وكيلا فسبيله أن يوكل غيره بعزله فينعزل لأن المعلق عليه عزل نفسه فان كان قد قال عزلتك أو عزلك أحد من قبلي فالطريق أن يقول كلما عدت وكيلي فأنت معزول فاذا عزله ينعزل لتقاوم التوكيل والعزل واعتماد العزل بالاصل وهو الحجر في حق الغير قال الامام رحمه الله وفيه نظر علي بعد متلقى عن استصحاب الوكالة * واعلم أن الخلاف في الوكالة هل تقبل التعليق جار في أن

أوردها القاضي أبو الطيب والمصنف والعمراني والبغوي والرافعي وآخرون وحكاهما الفوراني وجهين (أحدهما) يختص بالفقراء ولا يجوز للأغنياء وهو اختيار المزني والمشهور عن أحمد كما ذكره المصنف وهذا نظر إلى حديث محمود قد تقدم أنه ليس في الكتب المشهورة لكني وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطي من المهذب إشارة بخط غيره تقتضي نسبة ذلك إلى مسند أحمد فعلى هذا الاغنياء لا يشاركونهم في ذلك فيبقى على الأصل من تحريم الزابنة المجمع عليه الثابت بالأحاديث المشهورة و أرهذا القول منصوصاً للشافعي ولكن المزني في المختصر قال اختلف ماوصف الشافعي في العرايا قال الشيخ أبو حامد إنه يشير بذلك إلى أن الشافعي قال في موضع آخر يختص بذلك المحتاجون قال الشيخ أبو حامد وليس الأمر على ما قدره وإنما الشافعي تكلم علي بطلان قول مالك حيث قال ذلك في الواهب يشترى الرطب من الموهوب له بالتمر فقال لا يمكنك على هذا استعمال قوله في الخبر « يأكلها أهلها رطباً » لأن من يشتري الرطب على هذا الوجه لا يشتريها ليأكله مع الناس فان جميع بستانه الرطب وانما يشتريه ليدفع عن نفسه الضرة بدخول الموهوب له عليه وعلى عياله والخبر يقتضي انه يشتريه ليأكله مع الناس فقصد هذا دون تخصيص أهل الحاجة باتباع ذلك ومنع الأغنياء منه وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد صحيح ويؤيده أن المزني نقل ذلك عن اختلاف الحديث والاملاء والذى فيهما ما ذكر دون القول بالمنع فينبغي أن يقطع بقول الجواز ولا يعزى للشافعي غيره ويجعل قول المنع مذهباً للمزني والله أعلم * وهو مقتضى كلام أبي حامد والمحاملي ونبه المصنف بقوله الأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة على امتناع القياس لعدم المشاركة في العلة لا لأجل كون ذلك وارداً على سبيل الرخصة فان مذهبنا جواز القياس في الرخص اذا حصل

العزل هل يقبله ولكن بالترتيب والعزل أولى بقبوله لأنه لايشترط فيه القبول واشتراطه في الوكالة مختلف فيه وتصحيح ارادة الوكالة والعزل جميعا مبني على قبولها التعلق ثم قال الامام رحمه الله اذا نفذنا العزل وقلنا تعود الوكالة فلا شك أن العزل ينفذ في وقت وان لطف ثم تترتب عليه الوكالة فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف هل ينفذ فيه وجهان للاصحاب وانما كان يصح هذا الفرض والتصوير أن لو وقع بينهما ترتب زماني حتى يتصور وقوع التصرف بينهما لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون الا عقليا (وقوله) في الكتاب وفي تعليق الوكالة بالاغرار الاغرار الاخطار وانما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على مافيه خطر كقدوم زيد ومجيء المطر وان لم يكن في الحكم فرق فيمن بينه وبين مايوثق به كمجيء الشهر (وقوله) ويلزم الامتثال أي لايجوز له التصرف في الشهر لأنه يجب عليه خارج الشهر فان الامر الى اختياره *

الاشتراك فى العلة كغيرها وسيأتى فى توجيه القول الثانى مايظهر به الجواب عما قاله المزنى وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الاصحاب نصحح هذا القول ونظر فيه لى حديث محمود ابن لبيد عن زيد مع أصل سنذكره عنه وجوابه ان شاء الله تعالى (والقول الثانى) يجوز وهو ظاهر المذهب والمنصوص فى الأم قال الشافعي فى الام والذى أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أوسق وان كان مؤبراً وصححه جماعة منهم الامام والرافعى والنووى وابن أبى عصرون وقد تقدم أن جماعة جزموا به ومن جماتهم سليم فى الكفاية وغيره لم يذكروا فيه خلافا وهو المختار ورواه اسماعيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل لاطلاق حديث سهل بن أبى حثمة فانه لم يفرق بين الفقراء والاغنياء لارخاصه ﷺ فى العرايا من غير تقييد بالضرورة ولأنه انما يريد الرطب شهوة ولو اعتبرت الضرورة لرخص فى صاع ونحوه مما يزيلها وقد أبيح أكثر منه (فان قلت) اذا كانت الرخصة مطلقة فى بعض الاحاديث مقيدة فى بعضها فلاحمل المطلق على المقيد (قلت) ليس مانحن فيه من هذا القبيل لأن الاطلاق والتقييد من عوارض الالفاظ فاذا ورد لفظ مطلق ولفظ مقيد بقيد لفظى فهو الذى يحمل فيه المطلق على المقيد بشرطه وأما هنا فليس فى لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة وانما رخص لأقوام وقرينة الحال ماهم عليه وسؤالهم يقتضى

﴿ الباب الثانى في حكم الوكالة ﴾

قل ﴿ ولها ثلاثة أحكام (الأول) صحة ماوافق من التصرفات وبطلان ماخالف * وتعرف الموافقة باللفظ مرة * وبالقرينة أخرى * وبيانه بصور سبع (الأولى) إذا قال بع مطلقاً فلا يبيع بالعرض (ح) ولا بالنسيئة (ح) ولا بما دون ثمن المثل (ح) الا قدراً يتغابن الناس بمثله كالواحد فى عشرة ﴾ *

للوكالة الصحيحة أحكام منها صحة تصرف الوكيل اذا وافق إذن الوكل والموافقة والمخالفة يعرفان بالنظر الى اللفظ تارة و بالقرائن التى تنضم اليه أخرى فأن القرينة قد تقوى فيكون لها اطلاق اللفظ الاترى انه اذا أمره فى الصيف بشراء الجمد لايشتريه فى الشتاء وقد يتعادل اللفظ والقرينة وينشأ من تعادلهما خلاف فى المسألة وهذا القول الجملى يوضحه صور ترشد الى أخواتها منها اذا وكله ببيع شىء وأطلق لم يكن له أن يبيعه بغير نقد البلد من العروض والنقود وأن يبيعه بثمن مؤجل و بغبن فاحش و به قال مالك رحمه الله تعالى وكذا أحمد فى أظهر الروايتين وقال أبو حنيفة يجوز له جميع ذلك * لنا القياس على الوصى لأنه لايبيع له الا بثمن المثل من نقد البلد حالا وأيضا فأنه وكيل فى عقد البيع فتصرفه بالغبن لايلزم الموكل كالوكيل فى الشراء إذا اشترى بغبن

أن علة الرخصة لهم الحاجة فاذاورد الترخيص مطلقا فى موضع آخر لم يجب تقييدها بذلك المعني الذى ظنناه وهو الحاجة ليس معتبرا بل كانت الرخصة لهم لانهم أصحاب الواقعةوغيرهم فى حكمهم وأما أن تكون حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم ولغيرهم فان الحكم قد ثبت عاما لمعنى موجود فى بعض الناس كقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) والمراد إما الصحابة والعرب و إما النفوس الكريمة وعلى كل تقدير فهم بعض الامة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل إليه فهو الطيبات وغيرهم تبع لهم فى ذلك وقد يكون الحكم ثابتا لعلة توجد فى الكثير قطعا وتعدم فى القليل قطعا كالاسكار وقد يكون ثابتا لعلة فى زمان النبي صلى الله عليه وسلم ثم زالت كالرمل المشروع لاظهار الجلد والقوة قال ابن عبد السلام (١) و بقاء هذا الحكم لسبب يخالف ذلك السبب الاول وهو انا نتذكر فى زماننا سبب هذا الفعل لان النفس طالبة للتعليل فنطلع على السبب الاول فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرنا بعد القلة وأعزنا بعد الذلة وأن الاسلام أظهره الله على الدين كله ونتذكر أحوال السلف الصالح وهذه فائدة جاءت استطرادا (فان قلت) لم يرد أيضا لفظ مطلق فى الرخصة من الشارع حتى يتمسك به و إنما الألفاظ التى وردت فى ذلك كلها من الرواة يذكرون أن النبى ﷺ أرخص فى العرايا وهذه حكاية حال لاعموم فيها ولا إطلاق فجاز أن يكون مرادهم بتلك الرخصة التى صدرت

(١) بياض بالأصل

فاحش وأيضاً فانه إذا باع وأطلق كان الثمن حالا فاذا وكل بالبيع وأطلق حمل على الثمن الحال ولنا قول أن البيع على الوجه المذكور يصح موقوفا على اجازة الموكل وهذا هو القول المنقول فى بيع الفضولى والمذهب الأول ولو كان فى البلد نقدان أحدهما أغلب فعليه أن يبيع به وان استويا فى المعاملة باع بما هو أنفع للموكل فأن استويا تخير على المشهور وقال صاحب التهذيب بعد نقل التخيير إذا استويا فى المعاملة وجب أن لا يصح التوكيل مالم يبين كما لو باع بدراهم وفى البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يتقيد باحدهما ووجدت فى كلام الشيخ أبي حامد مثل ماذكره صاحب التهذيب ثم إذا باع الوكيل فى أحد الوجوه المذكورة لم يصير ضامنا للمال مالم يسلمه الى المشترى فان سلم ضمن ثم القول فيه إذا كان المبيع باقيا أو تالفا فى كيفية تغريم الموكل الوكيل والمشترى على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهن بالغبن الفاحش أو بغير نقد البلد بالنسيئة وأما البيع بالغبن اليسير فانه جائز واليسير الذى يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالبا وبيع مايساوى عشرة بتسعة يحتمل فى الغالب وبيعه بثمانية غير محتمل قال الرويانى و يختلف القدر المحتمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعبيد والعقارات وغيرها وكما لا يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه وهناك طالب الزيادة ولو باع بثمن المثل ثم ظهر فى المجلس طالب يزيد فالحكم مامر فى عدل الرهن *

منه ﷺ للمحاويج وحينئذ لايبقى دليل على ثبوتها لغيرهم (قلت) الجواب من وجهين (أحدهما) أن المتقدم فى الأصول أن الراوى إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله نهى عن الغرر وقضى بالشفعة للجار وما أشبهه أنه على العموم وأن الحجة فى المحكى والحكاية معا خلافا لما قاله بعض المتأخرين فانه لو كان المراد قصة المحاويج لم يجز حكايتها بلفظ العموم لأنها رخصة فى عرايا خاصة لافى كل العرايا فلما أتى الراوى بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاد أن المحكى مطابق له فى العموم (والثانى) أن معنا ههنا قرينة ترشد إلى أن القصة المنقولة غير قصة المحاويج وهو قوله رخص لصاحب العرية وتلك الرخصة لم تكن لصاحب العرية بل للمحاويج الذين يشترون منه كما تقدمت الاشارة إليه والله أعلم * قال الشافعى فى الأم وكثير من الفرائض قد نزلت بأسباب قوم فكان لهم وللناس عامة إلا مابين الله تعالى أنه أحل لضرورة أو خاصة ومن جهة القياس أن كل ماجاز ابتياعه للفقير جاز للغني كسائر الأشياء وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمن أن الشافعى رضى الله عنه قطع القول بالتقييد المذكور فى حديث أبى هريرة من المقدار ولم يعتبر التقييد المذكور من السبب في حديث

﴿ فرع ﴾ إذا قال الموكل عند التوكيل بعه بكم شئت جاز له البيع بالغبن ولايجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد ولو قال بما شئت فله البيع بغير نقد البلد ولا يجوز بالغبن والنسيئة ولو قال كيف شئت فله البيع بالنسيئة ولا يجوز بالغبن و بغير نقد البلد ولكن القاضى الحسين يجوز الكل ولو قال بع بما عز وهان قال فى التتمة هو كما لو قال بعه بكم شئت وقال العبادى له البيع بالعرض والغبن ولا يجوز بالنسيئة وهو الأولى *

﴿ فرع ﴾ ذكرنا فى الرهن والتفليس أن الحاكم يبيع المرهون ومال المفلس بنقد البلد وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذاك أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى إذا كان نقد البلد المكسور وحقهم الصحيح فلايمكن تحصيل الصحيح بالمكسر الابيذل زيادة وانه ربا فيشترى بالمكسر ساعة و بالسلعة الصحيح ولو رأى الحاكم المصلحة فى البيع بمثل حقوقهم فى الابتداء جاز وقد مر ذلك فى الرهن قال القفال فى الفتاوى والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن ويقوم مقام الحاكم فى توسط المعاملة الأخرى وفى بيعه بجنس الدين وعلي صفته واعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ماعليه لايسلط المرتهن على بيع المرهون ولكنه قد يتسلط عليه على مامر بيانه فى الرهن و إذا الحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكره أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون وقضاء الحق منه بالمرتهن بل أولى قال لأن نيابة المرتهن قهرية والموكل قد رضى تصرفه ونصبه لهذا الغرض *

محمود فلا بد من التسوية أو الفرق ويبني ذلك على أنه من باب حمل المطلق على المقيد وقد تقدم الجواب عنه في دعوى التقييد بالفقراء وأما التقييد بالمقدار فلأن ذلك منقول عن النبي ﷺ فلما كان التقييد من لفظ النبي ﷺ حملنا المطلق عليه وأما التقييد بالمحاويج فليس من لفظ النبي ﷺ كما تقدم تقريره فهذا هو الفرق والله أعلم * (فان قلت) قد قررت أن الراجح عند الأصوليين أن قوله رخص في العرايا وأمثاله عام وإذا كان كذلك فيكون التقييد بالمقدار في حديث أبي هريرة ذكرا لبعض أفراد العموم وذلك لا يقتضي التخصيص فتبقي الرخصة على عمومها (قلت) هذا غير سؤال الاطلاق والتقييد الذي تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أن التخصيص ليس بذكرا بعض الأفراد بل بمفهوم قوله فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق والمفهوم تخصيص العموم (والثاني) أنا لو أبحنا العرايا في القليل والكثير لزل تحريم المزابنة وجميع أحاديث الرخصة تقتضي ورودها في شيء دون شيء ولفظ العرية ينزل على انفرادها عن سائر الأشجار وذلك يشعر بالقلة وليس في جميع الرطب بالتمر فلابد من الرجوع الى مقدار وقد ثبت ذلك في حديث أبي هريرة رضي الله عنه فتعين الحمل عليه بخلاف تعميمها في الفقراء والأغنياء فلم يصدنا عنه صاد ولا فيه مخالفة بل هو أمر مقطوع به والله أعلم * (فان قلت) فيجب على من يقول في الأصول بحمل المطلق على المقيد أن

قال ﴿ ويبيع (ح) على الأصح من أقاربه الذين ترد له شهادتهم * ولا يبيع من نفسه ﴾*

الوكيل بالبيع مطلقاً هل يبيع من ابنه وأبيه وسائر أصوله وفروعه فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح فاشبه مالو باع من صديقه وأيضاً فانه يجوز للعم أن يزوج وليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الاذن وقلنا لا يشترط تعيين الزوج فكذلك ههنا (والثاني) وبه قال أبو حنيفة لا لأنه متهم بالميل اليهم ومن الجائز أن يكون هنالك راغب باكثر من ذلك الثمن وأجرى الوجهين في الأصول والفروع المستقلين أما ابنه الصغير فلا يبيع منه وكذلك لا يبيع من نفسه لأنه يستقصي لنفسه وطفله في الاسترخاص وغرض البائع الاستقصاء في البيع للأكثر وهما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما وأيضاً فان التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب وفي كتاب القاضي ابن كج شيئان غريبان في المسألة (أحدهما) أن أبا حامد القاضي حكى عن الاصطخري وجهاً أن للوكيل أن يبيع من نفسه (والثاني) أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع هل له أن يبيع من نفسه لأن للأب بيع مال ولده من نفسه بالولاية فكذلك بالوكالة واذا قلنا بظاهر المذهب فلو صرح له بالاذن في بيعه من نفسه فوجهان قال ابن سريج يجوز كما لو أذن له في البيع من أبيه وابنه البالغ يجوز وكما لو قال لزوجته طلقي

لايحمله ههنا وتبقى الرخصة على عمومها فى القليل والكثير (قلت) يصدعن ذلك الوجه الثانى الذى ذكرته الآن وأيضا فان المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا متفقون على حمل المطلق على المقيد هذا كله مع مافى حديث محمود بن لبيد عن زيد الذى يتمسك به فى الاختصاص بالفقراء من عدم الاتصال الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة والله أعلم * و بنى الغزالى الخلاف فى ذلك على أن الخرص أصل بنفسه يقام مقام الكل أوليس كذلك فيتبع مورد النص فعلى الاول نلحق الاغنياء بهم وعلى الثانى نتردد وهذا كما سأذكره ان شاء الله تعالى عن الامام فى الحاق بقية الثمار بالرطب والبناء على ذلك المعنى هناك متجه وأما هنا فبعيد والشيخ أبو محمد بناه فى السلسلة على الاصل الذى سيحكيه عن الاصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحريم المزابنة أم لم تدخل في التحريم أصلا وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى والله أع *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعني المعتبر فى ذلك لم يتعرض أكثرهم لذلك وقال الجرجانى لما حكى القولين يختص ذلك بمن لا نقد بيده على القول الآخر وكذلك عبارة صاحب

نفسك على الف ففعلت صح وتكون نائبة من جهته قابلة من جهة نفسها وقال الاكثرون لايجوز لما ذكرنا من تضاد الغرضين ولان وقوع الايجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام وتجويزه فى حق الاب كان على خلاف القياس ولو صرح بالاذن فى بيعه من ابنه الصغير قال فى التتمة هو على هذا الاختلاف وقال صاحب التهذيب وجب أن يجوز لأنه رضى بالنظر للطفل وترك الاستقصاء وتولى الطرفين فى حق الولد معهود فى الجملة بخلاف مالو باع من نفسه ويجرى الوجهان فيما لو وكله بالهبة وأذن له ليهب من نفسه أو يتزوج ابنته وأذن له فى تزويجها من نفسه وفى تولى ابن العم طرفى النكاح بان يتزوج ابنة عمه باذنها حيث انتهت الولاية اليه والنكاح أولى بالمنع لما روى موقوفا ومرفوعا أنه عليه السلام قال «لانكاح إلّا بأربعة خاطب وولى وشاهدين»(١) وكذا فيما إذا وكل مستحق الدين المديون باستيفائه من نفسه أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه اما فى النفس أو فى الطرف أو وكل الامام السارق ليقطع يده وحكى الامام رحمه الله إجراءه فيما لو وكل الزانى ليجلد نفسه واستبعده من جهة أنه متهم فى ترك الايلام بخلاف القطع إذ لامدخل للتهمة فيه وظاهر المذهب فى الكل المنع وفى التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان (أحدهما) الجواز لأنه يتمكن من إقامة البينة المدعى عليه (وأصحهما) المنع لما فيه من اختلاف

---

(١) ﴿ حديث ﴾ لانكاح إلا بأربعة خاطب وولى وشاهدين روى مرفوعاً وموقوفاً اه الدارقطنى من حديث هشام عن أبيه عن عائشة بلفظ لابد فى النكاح من أربعة الولى والزوج والشاهدين وفى اسناده أبو الخصيب وهو مجهول وسيعاد فى النكاح *

التتمة فانه قال بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لا نقد لهم يشترون به الرطب فاما الأغنياء فخلاف وقال الروياني في البحر قال المزني لا يجوز إلا للمعرى المضطر وأصحابنا لم يمنعوا الكلام في ذلك لأن الصحيح عندهم خلاف هذا القول وإنما يحتاج الى ذلك الحنابلة فأن المشهور عندهم أنها لاطلاق الرخصة والله أعلم * قال ابن قدامة الحنبلي متي كان غير محتاج إلي أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من التمر ما يشترى به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر *

﴿ فرع ﴾ لا يشترط عندنا حاجة البائع إلى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة واشترطت الحنابلة لبقاء العقد ان يأكلها أهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمراً بطل العقد ونحن نخالفهم في ذلك واشترط الخرقي من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها كما تقدم عن مالك وقالت الحنابلة فيما إذا تركها حتي صارت تمراً لافرق بين تركه لغناه عنها أو تركها لعذر أو لغير عذر وأخذوا في ذلك بظاهر قوله ﷺ «يأكلها أهلها رطباً» ولا دليل لهم في ذلك لأن المقصود بذلك ذكر الغاية المقصودة لا الاشتراط ويلزمهم على ماقالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقد وقد سلموا أنه لا يبطل الا بترك الأخذ ولا يبطل بترك الأكل بعد الأخذ فلو أخذها رطباً فتركها عنده أو شمسها حتي صارت تمراً جاز عندهم وبهذا يتبين ضعف ما اشترطوه *

﴿ فرع ﴾ تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عندنا حاجة البائع جزماً ولا المشترى على الأصح

غرض كل واحد منهما فانه يحتاج إلى العقد بل من جانب والى الجرح من جانب وعلى هذا فاليه الخيرة يخاصم أيهما شاء ولو توكل رجل في طرفي النكاح أو البيع اطراد الوجهان ومنهم من قطع بالمنع لو وكل من عليه الدين بابراء نفسه ففيه طريقان (أحدهما) التخريج علي الوجهين (والثاني) القطع بالجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد باعتاق نفسه والوكيل بالشراء كالوكيل بالبيع في أنه لايشترى من نفسه ولا من مال ابنه الصغير ويخرج شراؤه لابنه البالغ علي الوجهين في سائر الصور (وقوله) في الكتاب اجراه ابن سريج في تولى ابن العم طرفي النكاح اتبع فيه مارواه الامام فانه نسب طرد الخلاف فيها إلى ابن سريج ورأيت للحناطي نحو ذلك وعامة الكتب ساكتة عنه *

قال ﴿ فان أذن له في البيع من نفسه ففي تولية الطرفين خلاف * أجراه ابن سريج في تولى ابن العم لطرفي النكاح * وتولى من عليه الدين أو القصاص أو الحد استيفاءه من نفسه بالوكالة * ويطرد في الوكيل من الجانبين بالخصومة ومن الجانبين في عقد النكاح والبيع * كما إذا كان وكيلا من جهة الموجب والقابل جميعاً * وان أذن له في البيع بالأجل مقدراً جاز * وان أطلق فالاصح أن العرف يقيده بالمصلحة * وقيل انه مجهول ﴾ *

وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده وعند أحمد يشترط حاجة المشترى وحده قال ابن عقيل من الحنابلة يجوز لحاجة البائع أيضا كما يجوز لحاجة المشترى و يكون الشرط عنده أحدهما لابعينه فالأقسام الممكنة الاربعة كل منها قال به قائل ومجموع الشروط التى وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجة البائع والمشترى وكونها موهوبة من البائع وكونها دون خمسة أوسق وأن يأخذها المشترى رطبا وان لايظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك فاذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا واذا وجد منها الثانى والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعي رضى الله عنه والشرطان الأخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد بل اذا فقد ابعد ذلك فقد بينا بطلان البيع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ هل يجوز فى العرايا أن يبيع جزءاً مشاعا أو مبهما ما على النخلة بالتمر بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عليها يأتى اذا جف نصف وسق فيقول وسقا مما على النخلة بنصف وسق تمرأو يخرص جميع ما عليها فيقول إنه يأتى جافا ثمانية أوسق فيبيع نصفه شائعا بأربعة أوسق تمراً لم أر فى ذلك نقلا * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وهل يجوز ذلك فى الرطب بالرطب فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز وهو قول أبى على بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ فى العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص فى غير ذلك (والثانى) لايجوز وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال

إذا أذن للوكيل فى البيع الى أجل نظر ان قدر الأجل صح التوكيل وان أطلق فوجهان (أحدهما) أنه لايصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولا وقصرا وهذا ما أورده فى التهذيب (وأصحهما) ما ذكره فى الكتاب واختيار ابن كج أنه يصح التوكيل وعلى مايحمل فيه ثلاثة أوجه (أظهرها) وهو المذكور فى الكتاب أنه ينظر الى المتعارف فى مثله فان لم يكن فيه عرف راعى الوكيل الانفع للموكل (والثانى) له التأجيل الى أية مدة شاء لاطلاق اللفظ (والثالث) يؤجل الى سنة ولا يزيد عليها لأن الديون المؤجلة تتقدر بها كالدين والحرية *

قال ﴿ الثانية الوكيل بالبيع لايملك تسليم المبيع قبل توفر الثمن * و بعد التوفير لايجوز له المنع فانه حق الغير * والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن للمسلم اليه و يملك قبض المشترى * والوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن من حيث إنه من توابعه ومقاصده و إن لم يصرح به فيه خلاف * و يقرب منه الخلاف فى أن الوكيل باثبات الحق هل يستوفى * و باستيفاء الحق هل يخاصم فيه ثلاثة أوجه * الا عدل أن الوكيل بالاثبات لايستوفى * و بالاستيفاء يثبت ويخاصم سعياً فى الاستيفاء ﴾ *

لاتبايعوا

لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل ولأن الخرص غرر وقد وردت الرخصة فى جوازه فى أحد العوضين فلو جوزنا فى الرطب بالرطب لجوزناه فى العوضين وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام (والثالث) وهو قول أبى اسحق أنه ان كان نوعا واحدا لم يجز لأنه لا حاجة به اليه لأن مثل ما يبتاعه عنده وان كان نوعين جاز لانه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذى عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده) •

(الشرح) حديث زيد المذكور بهذا اللفظ فى سنن أبى داود بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى نقلا فيه بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص فى غير ذلك هكذا ومع ذلك لا حجة فيه لهذا الوجه لأنه يحتمل أن يكون شك من الراوى ولا يكون للتخيير والرواية هكذا بأوفى الصحيحين من رواية عقيل عن الزهرى عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد لكن النسائي رواه من جهة سالم عن أبيه عن زيد أيضا وقال فيه بالرطب وبالتمر هكذا بالواو فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن كيسان عن الزهرى وعقيل أحفظ منه فروايته مقدمة على رواية صالح ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقة على التمر كأحد روايتى سالم فرجحنا ذلك على رواية صالح بن كيسان ثم رأينا الطبرانى فى المعجم الكبير روى رواية صالح بن كيسان كما رواها النسائى وزاد فرواها أيضا من رواية الأوزاعى عن الزهرى وقال فيه بالتمر والرطب كما قال المصنف والأوزاعى وان كان اماما لكنه غير متقن لحديث الزهرى كاتقان عقيل وقد تابع عقيلا على ذلك سليمان بن أبى داود عن الزهرى كذلك في معجم الطبرانى والزبيدى أيضا وهو من جلة أصحاب

أول مذكور فى الفصل أن الأصحاب نقلوا وجهين فى أن الوكيل بالبيع مطلقا هل يملك قبض الثمن وربما نسبوهما إلى ابن سريج (أحدهما) أنه لا يملك لأنه إنما أذن فى البيع وقبض الثمن أمر وراء البيع وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لاثبات اليد على الثمن (وأصحهما) أنه يملكه لانه من توابع البيع ومقتضياته فالاذن فى البيع أذن فيه وان لم يصرح به وهل يملك تسليم المبيع اذا كان مسلما اليه أشار الأكثرون الى الجزم بأنه يملكه تعليلا بأن البيع اقتضى إزالة الملك ووجوب التسليم وقال الشيخ أبو علي الوجهان فى أنه هل يملك قبض الثمن يجريان فى أنه يملك تسليم المبيع وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم مالم يقبض الثمن وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وغيره ولا خلاف في أن الموكل بعقد الصرف يملك القبض والأقباض لأنه شرط صحة العقد وكذلك فى السلم يقبض وكيل المسلم اليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لامحالة إذا تقرر ذلك فينظر ان باع الوكيل بثمن مؤجل بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع اذ لاينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن ويجىء على ماذكره

الزهرى فقال رخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس رواه الطبرانى وهذا نص وتابعهما معمر عن الزهرى فقال بخرصها تمرا ولم يرخص فى غير ذلك رواه الطبرانى وهذه الطرق كلها راجعة الى رواية عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن زيد بن ثابت وقد روى أبو داود ذلك كما قدمته من طريق يونس عن الزهرى عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه بالتمر والرطب وهى الرواية التى ذكرها المصنف والظاهر أنه نقلها من السنن فانه سمعها وهذه طريقة قوية مقاومة لطريق عقيل فان يونس فى الزهري عظيم ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من مسند ابن وهب الذى هو الأصل فان أباه داود رواه من طريقه وجدته فيه بالتمر أو الرطب بألف ملحقة بخط كاتب الأصل والظاهر أن ذلك غلط من الناسخ فان المتقدمين ذكروا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز ورواه الطبرانى من طريق ابن وهب بالجمع بينهما لكن بطريق ضعيفة ورواه الطبرانى بالجمع بينهما أيضا من طريق أسامة بن زيد عن الزهري عن خارجة بن زيد وفيه لاأدرى أذكر أباه أم لا وهذا يقتضى الشك فى اتصاله لكن طريقه لاتقاوم طريق أبي داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما فبعد ذلك يمكن أن يقال إن رواية ابن عمر عن زيد راجحة على رواية خارجة عن زيد كما لا يخفي من صحبة ابن عمر وجلالته وكبره حين سماعه وخارجة كان عمره فى زمن أبيه بضع عشرة سنة ويمكن إن يقال أنه اذا صح ذلك عن خارجة وفى بعض روايات ابن عمر رضى الله عنهما كما تقدم فينبغى أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد ويحمل أو على التخيير ويكون زيد رضي الله عنه لما فهم ذلك

الشيخ وجه مانع من التسليم لالغرض الحبس لكن لأنه لم يفوضه اليه ثم اذا أجل الأجل لم يملك الوكيل قبض الثمن الا باذن مستأنف وان باعه بثمن حال وجوزنا القبض فلا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن كما لو أذن فيهما صريحا فله مطالبة المشترى بتسليم الثمن فان لم نجوز له القبض لم يكن له المطالبة وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى ولو وكله بالبيع ومنعه من قبض الثمن لم يكن له القبض لامحالة ولو منعه من تسليم المبيع فكذلك جواب الشيخ فى شرح الفروع وقال قائلون هذا الشرط فاسد فان التسليم مستحق بالعقد ورووا عن أبى على الطبرى وغيره وجهين فى أن الوكالة هل تفسد به حتى يسقط الجعل المسمى ويقع الرجوع الى أجرة المثل ووجه الأمام رحمه الله تعالى وجه سقوطه بأن استحقاقه مربوط بالبيع والامتناع من التسليم وكان مقابلا بشيء صحيح وشيء فاسد فليفسد المسمى والحق أن يقال المسألة مبنية على أن فى صورة الأطلاق هل للوكيل التسليم أم لا (ان قلنا) لا فعند المنع أولى (وان قلنا) نعم فكذلك لأنه من توابع العقد وتمامه كالقبض لا لأن تسليمه مستحق بالعقد فان المستحق هو التسلم لاتسليمه والممنوع منه تسليمه نعم لو قال امنع

عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواة بالوهم مع ثقته وجلالته وعلى هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين والشك فى ذلك يوجب الحكم بالمنع لأن الباب باب رخصة فمتى شك فى شرطها بطلت وأما ترجيح رواية خارجة على رواية ابن عمر فغير ممكن والاقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطرق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافع وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدى المتقدمة التى فيها تقييد التمر باليابس وذلك يقتضى أن الرطب بخلافه وسندها فى الطبرانى جيد ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر رضى الله عنهما كونه ثابتا فى الصحيحين ورواية خارجة ليست كذلك وان كان سندها صحيحا فهذه طريقة فى الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء المحدثين هذا ماعندى فى ذلك والله عز وجل أعلم • وحديث ابن عمر رضى الله عنهما المذكور فى رواية البيهقى فى سننه الكبير ولفظه لاتتبايعوا التمر بالتمر تمر النخل بتمر النخل واسناده فيه محمد ابن الحسين بن أحمد الفارسى عن أحمد بن سعيد الثقفى لم أعرفهما وقال فى معرفة السنن والآثار هكذا روى مقيدا يعنى تمر النخل بتمر النخل فاقتصر المصنف رحمه الله على اللفظ الاخير وهو البدل وترك المبدل منه وهو قوله التمر بالتمر وذلك جائز لأنه لايحيل المعنى •(وأما) حديث ابن عمر لاتبيعوا التمر بالتمر فذلك ثابت فى البخارى وقد تقدمت الاشارة الى التوقف فى هذا اللفظ فان ثبت أنه بالثاء المثلثة فيهما فهو على الحديث بدون الزيادة التى فيه مبينة بالنخل • وقول المصنف هل يجوز ذلك فى الرطب بالرطب أى سواء كان على رؤوس النخل فبيعا خرصا أو كان أحدهما فى الارض فبيع الذى على النخل خرصا بالذى على الأرض كيلا فالأوجه الثلاثة فى المسألتين قاله القاضى

المبيع منه فهذا الشرط فاسد لأن منع المالك عن المالك حيث يستحق اثبات اليد عليه غير جائز وفرق بين أن يقول لا تسلمه اليه وبين أن يقول امسكه وامنعه منه (وأما) الوكيل بالشراء فان لم يسلم الموكل الثمن اليه فاشترى فى الذمة فسيأتى الكلام فى أن المطالبة بالثمن على من توجه فى الحكم الثانى من الباب فأن سلمه اليه واشترى بعينه أو فى الذمة فالقول فى أنه هل يسلمه وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل فى الشراء كالقول فى أن وكيل البائع هل يسلم المبيع ويقبض الثمن بمجرد التوكيل بالبيع هكذا هو فى التهذيب والتتمة ولفظ الكتاب يشعر بالجزم بتسليمه الثمن وقبض المبيع ووجهه فى الوسيط بان العرف يقتضى ذلك ويدل عليه وأيضاً فان الملك فى الثمن لايتعين الا بالقبض فيستدعى اذنا جديداً وأما المبيع فانه متعين للملك ولمن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطريقين وأن المعنى الثانى فلو كان به اعتبار لوجب أن يجزم بقبض وكيل البائع الثمن اذا كان معيناً ولم يفرقوا

أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي والعمراني والاقرب فى عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الارض لانه قال هل يجوز ذلك واشارة الى المسألة السابقة وصورتها اذا كان أحدهما فى الارض وكذلك القاضى أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الاوجه الثلاثة فى الصورة الأخري والأوجه المذكورة مشهورة حكاها القاضى أبوالطيب والماوردى والمحاملي والجرجانى والمتولى وابن الصباغ وآخرون وليس للشافعى نص فى هذه المسألة على مايقتضيه كلام ابن سريج الآتى ذكره ولكنها اوجه للاصحاب (أحدها) أنه يجوز مطلقا أن يباع الرطب بالرطب خرصا فيهما سواء كانا نوعا واحدا أو نوعين وهو قول أبي على بن خيران واستدل بالحديث الذى ذكره المصنف وذكره بأو وكانه اعتقدها للتخيير وقد عرفت الجواب عنه جوابا متقنا محررا (والثانى) وهو الصحيح أنه لايجوز مطلقا ولايجوز الابالتمر وعزاه الشيخ أبو حامد والقاضى أبوالطيب والمحاملى وابن الصباغ والمصنف إلى الاصطخرى وقال الماوردى ان هذا مذهب الشافعى وقال أبو حامد انه أشبه بمذهب الشافعى وقال المحاملى فى التجريد والمجموع مع ذلك إنه ظاهر المذهب وممن صححه الروياني فى البحر وقال صاحب التهذيب إنه المذهب واستدل له القاضى أبو الطيب بان الاصل تحريم المزابنة

فى رواية الوجهين بين أن يبيع بثمن معين أو فى الذمة (وقوله) فى الكتاب وبعد التوفير لايجوز له المنع فأنه حق الغير أراد به ماذكره الامام رحمه الله تعالى من أن المشترى اذا وفر الثمن على الموكل أو على الوكيل اذا جوزنا له القبض فالوكيل يسلمه المبيع وان لم يأذن له الموكل فى تسليمه لأن أداء الثمن اذا وفر صار قبض المبيع مستحقا وللمشترى الانفراد بأخذه فأن أخذه المشترى فذاك وان سلمه الوكيل فالامر محمول على أخذ المشترى ولا حكم للتسليم ثم قرب من الخلاف فى أن الوكيل بالبيع هل يقبض الثمن الخلاف فى مسألة أخرى وهى أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبت ويقيم البينة عند انكار من عليه فيه وجهان عند ابن سريج (أصحهما) لا لأنه لم يوكل الا بالقبض وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصومة (والثانى) نعم لانه لايتمكن من الأستيفاء عند انكار من عليه الاثبات فليمكن مما يتوسل به الى الاستيفاء ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عينا أو دينا وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان كان دينا ملك الاثبات وان كان عينا لم يملكه وأما أن الوكيل بالاثبات هل يستوفى بعد الاثبات فيه طريقان (أحدهما) أن فيه وجهين ايضا كالوجهين فى أن الوكيل بالبيع هل يملك قبض الثمن لانه من توابع الاثبات ومقاصده كقبض الثمن بالاضافة الى البيع (وأظهرهما) القطع بالمنع لان الاستيفاء يقع بعد الاثبات فليس ذلك نفس المأذون فيه ولا واسطة بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن لانه اذا وكله بالبيع أقامه مقام

الا مااستثني منه والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم فيبقى فيما عداه على الاصل وهو التحريم والحديث الذي ذكره المصنف ان ثبت نص فى ذلك وان لم يثبت فالتمثيل بالأصل المقتضى للتحريم كاف فى ذلك وأيضا الاصل فى العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة (فان قلت) المصنف رحمه الله لم لاسلك هذه الطريقة التى سلكها شيخه وهى أقرب مما سلكه وهو التعليل بكثرة الغرر وقياس ذلك على شرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام فان التمسك باندراجها تحت نص خاص أولي من قياس مستند الى نص عام (قلت) مافعله المصنف أولى لان المزابنة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب فى رؤوس النخل بالتمر وأما بيع الرطب بالرطب فهو وان كان أكثر غررا وأحق بالبطلان لكن يمكن النزاع فى دخوله تحت اسم المزابنة نصا وإنما يدخل تحت حكمها اما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة وأما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح واذا ثبت ذلك فكل واحد من مفهوم الموافقة والقياس شرطه بقاء أصله فمتى بطلت دلالة الأصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه وههنا قد بطلت دلالة الأصل فيما دون خمسة أوسق فيتبعها دلالة المفهوم والقياس فى ذلك العقد وان بقي فى الزائد لبقاء أصله فلذلك والله أعلم عدل المصنف عن

نفسه فيه وانه عقد يتضمن عهداً منها تسليم المبيع وقبض الثمن فجاز أن يكون من قضاياه وأما الأثبات فليس فيه مايتضمن التزاما قال فى التتمة الخلاف فى الصورة الثانية فى الاموال أما القصاص والحد فلا يستوفيها بحال وحكي القاضى ابن كج عن ابن خيران أنه على الوجهين وإذا جمعت بين الأمرين الاستيفاء والأثبات وقلت الوكيل باحدهما هل يملك الثانى حصل فى الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر فى الكتاب لكن تسمية الوجه الفارق أعدل الوجوه ربما أوهم ترجيحه والظاهر عند الاصحاب أنه لايفيد واحد منهما الثاني *

(فرع) عرفت أن الوكيل لايسلم المبيع قبل قبض الثمن فلو فعل غرم الموكل قيمته إن كانت القيمة والثمن سواء أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغبن محتمل فيغرمه جميع القيمة أو يحط عنه قدر الغبن لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان (أصحهما) أولهما ولو باع بغبن فاحش بأذن الموكل فقياس الوجه الثانى أن لايغرم إلا قدر الثمن ثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ماغرم دفعه إلى الموكل واسترد المغروم *

قال (الثالثة أن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيباً بثمن مثله وجهل العيب وقع عن الموكل وان علم فوجهان * وان كان بغبن وعلم لم يقع عن الموكل * وان جهل فوجهان * ثم مهما جهل الوكيل فله الرد (و) الا اذا كان العبد معيناً من جهة الموكل فوجهان فى الرد * وحيث يكون

ذلك إلى ماذكره ويحق له ذلك وهو المبرز فى علم النظر فعلى قول المصنف المعتمد فى ذلك النهى عن الغرر ويجعل الرخصة الواردة فى الرطب بالتمر مستثناة منه ولا يضره فى ذلك كونها مستثناة من المزابنة لأن المزابنة نوع من الغرر والمستثنى من النوع مستثني من الجنس والوصف المقتضى لالحاقه بما زاد على الثلاث مركب من شيئين الغرر وكون ذلك على سبيل الرخصة وأحدهما بمجرده ليس كافيا فى التعليل والله أعلم * وممن صحح هذا القول القاضى أبو الطيب فيما حكى الشاشى عنه والرويانى فى البحر والبغوى والرافعى ويقتضيه إيراد الجرجانى (والوجه الثالث) وهو قول أبى اسحق المروزي واختلفت عبارة الاصحاب عنه فالذى قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولى أنه ان كانا نوعا واحدا لم يجز وان كانا نوعين يجوز كالرطب المعقلى بالتمر البرني والرطب البرنى بالتمر المعقلى وما أشبهه وأطلقوا ذلك فيما اذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض وقال المحاملى وأبو حامد فيما حكي عنه صاحب العدة والرويانى والماوردى يجوز اذا كان الرطبان على رؤوس النخل وكانا نوعين أما إذا كان أحدهما على الارض لايجوز مطلقا وكذلك امام الحرمين حكى الاوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين كما حكاها المحاملى من غير تعيين أبى اسحق قال امام الحرمين فان كان الغرض الذى أشار اليه الخبر أن يستبدل رطبا على الشجر يأكله على مر الزمن

الوكيل عالماً فلا رد له * وفى الموكل وجهان * اذ قد يقوم علم الوكيل مقام علم الموكل كما فى رؤيته * ومهما ثبت الخيار لم يسقط برضا الوكيل حق الموكل ويسقط برضا الموكل رد الوكيل ﴾ *

الوكيل بالشراء اما أن يكون وكيلا بشراء شيء موصوف فلا يشترى الا السليم لان قضية الاطلاق السلامة ألا ترى أنه اذا أسلم فى شيء موصوف استحق السليم منه ويخالف عامل القراض حيث يجوز له شراء المعيب وههنا المقصود الادخار اذ يجوز أن يكون الادخار والاقتناء مقصوداً وانما يقتني السليم دون المعيب وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يجوز للوكيل شراء المعيب فلو خالف ما ذكرناه واشترى المعيب نظر ان كان مع العيب يساوى مااشتراه به فان جهل العيب وقع عن الموكل وان علمه فثلاثة أوجه (أظهرها) أن لايقع عنه لتقييد الاذن بالسليم (والثاني) يقع لانه لانقصان فى المالية والصيغة عامة (والثالث) يفرق بين مايمنع من الاجزاء فى الكفارة اذا كان المبيع عبداً وبينما لا يمنع حملا لقوله اشتر لى رقبة على ماحمل عليه قوله تعالى (فتحرير رقبة) قال الامام رحمه الله تعالى وصاحب هذا الوجه يستثني الكفر فانه يمنع من الاجزاء فى الكفارة ويجوز للوكيل شراء الكافر وان كان لايساوى مااشتراه به فان علم لم يقع عن الموكل وان جهل فوجهان (أصحها) عند الامام أنه لايقع أيضاً عنه لان الغبن يمنع عن الموكل مع سلامة المبيع وأن لم يعرف الوكيل فعند العيب أولى وأوفقهما لكلام الاكثرين أنه يقع عنه كما لو اشترى لنفسه جاهلا

والرطب على الارض بين أن يفسد و بين أن يجف وزاد الامام على المحاملي زيادة سأتعرض لها فى فرع مفرد قريبا ان شاء الله تعالى • وقد احتج أبو اسحق لقوله بما ذكره المصنف وأجاب الشيخ أبو حامد بان طعم أحد النوعين يقارب طعم الآخر فلا تدعو الحاجة الى إجازة ذلك وروى هذه الاوجه الثلاثة ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الارض بالرطب علي النخل بكل حال لانه أدوم نفعا أي سواء كانا نوعا أونوعين و يجوز ماعلى النخل بما على النخل اذا كانا من نوعين ولايجوز اذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة ونقله الماوردي والرو ياني عن ابن أبي هر يرة وقد رأيت فى تعليق الطبري عن ابن أبي هر يرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الارض ولم يذكر إذا كانا على النخل والله أعلم • فجملة الاوجه فى المسألة أر بعة وقد جمعها الماوردي وحكاها كذلك وتبعه صاحب البحر وما نقله المحاملي والماوردي ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من أطلق فان كان الامر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف فى قوله وان كانا نوعين جاز اذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبي الطيب فانه صرح فى جريان الاوجه الثلاثة فيما اذا كان أحدهما على الارض فان جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه فى المسألة وكذلك فعل ابن الرفعة فى المطلب وفيه بعدلان

و يفارق مجرد الغبن فانه لا يثبت الخيار فلو صح البيع ورفع عن الموكل للزم ولحقه الضرر والعيب يثبت الخيار والحكم بوقوعه عنه لا يورطه فى الضرر وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل فينظر ان كان الوكيل جاهلا فللموكل الرد إذا اطلع لانه المالك وأما الوكيل فعن صاحب التقريب رواية وجه عن ابن سريج أنه لاينفرد بالرد لانه كان مأذونا فى الشراء دون الفسخ وظاهر المذهب أنه ينفرد لمعنيين (أحدهما) أنه اقامه مقام نفسه فى هذا العقد ولواحقه (والثاني) أنه لو لم يكن له الرد الى استئذان الموكل فربما لا يرضى الموكل فيتعذر الرد لكونه علي الفور و يبقى المبيع كلا على الوكيل وفيه ضرر ظاهر وهذا هو المعتمد عند الاصحاب لكن فيه اشكال لانا لو لم نثبت له الرد لكان كسائر الاجانب عن العقد فلا أثر لتأخره وأيضا فان من له الرد قد يعذر فى التأخير لاسباب داعية اليه فهلا كانت مشاورة الموكل عذراً وأيضا فانه وان تعذر منه الرد فلا يتعذر بنفس الرد اذ الموكل يرد اذا كان قد سماه فى العقد أو نواه على ان في كون المبيع للوكيل وفى الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافا وسيأتى جميع ذلك فى الفصل وان كان الوكيل عالما فلا رد له وفى الموكل وجهان (أحدهما) أنه لا رد له أيضا لانه نزل الوكيل منزلة نفسه فى العقد والاخذ فيكون اطلاعه علي العيب كاطلاع الموكل كما أن رؤيته كرؤيته واخراج العقد عن أن يكون على قولى شراء الغائب (وأصحهما) أن له الرد لأن اطلاعه ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل فكذلك اطلاعه فى الابتداء وعلى هذا فينتقل الملك إلى الوكيل أو ينفسخ العقد من

الشخص المنقول عنه واحدوهو أبو اسحق فكيف يحكى ذلك وجهين الا أن يكون اختلاف قوله في وقتين والاقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقلين و ينبغى أن يقصد الجمع بينهما و يبقى تجويز النقل أن يقول قيل كذا ولا يقول فيه وجهان لانه لم يثبت أنهما وجهان وقد نقل فى كل منهما أنه قيل وعبر الغزالى فى الوسيط بعبارة لا توجد في كلام غيره (والثانى) ان كان أحدهما موضوعا جاز وان كان على الشجرة فلا وهذا وهم بلاشك وكانه مل القلم فأراد أن يكتب ان كان أحدهما على الارض لم يجز وان كانا على الشجر جاز كما هو فى النهاية فانقلب عليه هذا مالا أشك فيه وقال الجوزى اذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشترى نوعا آخر من الرطب ليس عنده خرصاً كالعرايا هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج لم يتعرض الشافعى لهذا واذا صح الحديث جاز والحديث صحيح وذكر حديث خارجة بن زيد عن أبيه من طريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسان وهذا من ابن سريج والجوزى موافقة لابن خيران أو لابي اسحق *

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الارض هل المعتبر فيه الخرص

أصله حكي الأمام رحمه الله فيه وجهين قال من قال بالأول كانه يقول انعقاد العقد موقوفا إلى أن يتبين الحال والا فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل الى الوكيل وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد للوكيل مع علم الوكيل بالعيب والمذهب خلافه (الحالة الثانية) أن يكون وكيلا بشراء شيء معين فان لم ينفرد الوكيل فى الحالة الأولى بالرد فهو ههنا أولى وان انفرد فهنا وجهان (وجه المنع) أنه ربما يتعلق الغرض بعينه فينتظر مشاورته (ووجه الجواز) وهو الأصح والمنصوص فى اختلاف العراقيين أن الظاهر أنه بعينه شرط السلامة ولم يذكروا فى هذه الحالة أنه متي يقع عن الموكل ومتى لا يقع والقياس أنه كما سبق فى الحالة الأولى نعم لو كان المبيع معيبا يساوى ما اشتراه به وهو عالم فايقاعه عن الموكل ههنا أولى لجواز تعلق الغرض بعينه وجميع ماذكرناه فى الحالتين مفروض فيما إذا اشترى بثمن فى الذمة أما اذا كان الثمن بعين مال الموكل فحيث قلنا هناك لا يقع عن الموكل فههنا لا يصح أصلا وحيث قلنا يقع فكذلك ههنا وهل للوكيل الرد فيه وجهان (أصحهما) لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيان على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد فانه اقامه مقام نفسه فى العقد ولو احقه فكذلك ههنا وان عللنا بأنه لو أخر ربما لزم العقد فصار المبيع كلا عليه فلا لأن المشترى بملك الغير لا يقع له بحال (واعلم) أنه اذا ثبت الرد للوكيل فى صورة الشراء فى الذمة فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل أو بعده ورضى سقط خيار الوكيل بخلاف الرد فان رضى المالك بحظه فمن الربح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره واذا أخر أو صرح بألزام العقد فهل له العود إلى الرد لان أصل الحق باق بحاله وهو نائب أم لا وكانه

أو الـكيل كلام الرافعي رضي الله عنه يقتضي أنه الـكيل والذي رأيته في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة خلافه فانه قال ويجوز أن يباع الرطب بالخرص بالرطب الموضوع بالأرض بالخرص إذا نقص عن خمسة أوسق *

(فرع) عرفت ان الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقاً وقد شذ ابن أبي عصرون فصحح قول أبي اسحق أنه إذا اختلف نوعهما صح *

(فرع) إذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يجز جزم بذلك صاحب الشامل وصاحب البحر وصاحب التهذيب لأنه يتسارع اليه الجفاف أو الفساد فلا يحصل المقصود وهو أكل الرطب على الامام وحكي القفال في شرح التلخيص فيه وجهين وقال المتولي أن فيه الاوجه الثلاثة وقال إمام الحرمين في حكاية الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين في بيع الرطب بالرطب (الثالث) الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمتنع أو يكونا على الشجر فيجوز وهذا يقتضي أن أحد الاوجه قائل بالجواز مطلقاً إذا كانا على الأرض أو أحدهما ولم أجد في طريق العراقيين من نص على الجواز فيما اذا كانا على الأرض ولا حكى فيه خلافاً وانما الخلاف في ذلك في

بالتأخير أو الألزام عزل نفسه عن الرد ووجهان (أظهرهما) الثاني و إذا قلنا به أو أثبتنا له العود ولم يعد فاذا اطلع الموكل عليه وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء أو نواه وصدقه البائع عليه وإلا فوجهان (أحدهما) وهو المذكور في التهذيب والتتمة أنه يرده على الوكيل ويلزم المبيع لأنه اشترى في الذمة مالم يأذن فيه الموكل فيصرف اليه (والثاني) وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه أن المبيع يكون للموكل والرد قد فات لتفريط الوكيل وما الذي يضمن قال أبو يحيى البلخي قدر نقصان قيمته من الثمن ولو كانت القيمة تسعين والثمن مائة يرجع بعشرة ولو تساويا فلا رجوع وقال الأكثرون يرجع بارش العيب لأنه فات الرد بغير تقصيره فكان له الأرش كما لو تعذر الرد بعيب حادث إلا أن هناك يوجد الأرش من البائع لتلبيسه وههنا من الوكيل لتقصيره ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع أخره حتى يحضر الموكل لم يلزمه الأجابة بل له الرد لئلا يصير المبيع كلا عليه أو يلزمه الغرم ولأن الرد حيث ثبت له فلا يكلف تأخيره وإذا رد ثم حضر الموكل ورضيه احتاج الى استئناف شراء ولو أخره كما التمس البائع لحضر الموكل ولم يرض به قال في التهذيب المبيع للوكيل ولا رد لتأخيره مع الأمكان وقيل له الرد لأنه لم يرض بالعيب قال وهو ضعيف ولك أن تقول له أنت وسائر النقلة متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب ثم حضر الموكل وأراد الرد فله ذلك إذا كان الوكيل قد سماه أو نواه وههنا الوكيل والموكل والبائع يتصادقون على أن الشراء للموكل

طريقة الخراسانيين وممن حكى الأوجه الثلاثة فيه صاحب التتمة واذا جوزنا ذلك فهل يباع خرصاً أو كيلا الذى يقتضيه كلام القفال رضى الله عنه وصاحب التتمة الأول فانه قال فأما بيع الرطب بالرطب خرصا وهما موضوعان على الأرض أو بيع الرطب على رؤس الشجر بالرطب خرصاً فعلى وجهين (أحدهما) يجوز لأن بيع الرطب بالتمر فيه وجوان خرصه رطباً ثم خرصه تمراً ومع ذلك يجوز و إذا كان الرطب على الأرض فليس فيه إلا جهالة واحدة وهو أن يقول خرصها تمراً كذا ويعلم مقدارها فى الحال فهذا بالجواز اولى هذا ما رأيته فى شرح التلخيص للقفال ونقل الرافعي رحمه الله تعالى أن القفال ذكر فى شرح التلخيص أنه على الخلاف لانه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رؤس النخل خرصاً واحتمالت الجهالة فلأن يجوز مع تحقق الكيل فى الجانبين كان أولى فاوهم هذا النقل أمرين (أحدهما) أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب المقطوع على الاوجه الثلاثة وليس فى كلامه الا ذكر وجهين (والثانى) أنه يكون البيع فى ذلك كيلا والقفال إنما قال خرصاً وكذلك صاحب التتمة نعم رطباً بل يخرص ما يجيء منهما تمراً فحسب والذى يقتضيه ذلك أنه اذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف وخرص ما يجيء منهما تمراً

فلا بد وأن يكون قد سماه ونواه ووجب أن يقال المبيع للموكل وله الرد ولو أراد الوكيل الرد فقال البائع إنه قد عرفه الموكل ورضى به وليس لك الرد نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر اليه لم يلتفت الى قوله وإن احتمل وأنكر الوكيل حلف على نفى العلم برضى الموكل لأنه لو أقر به للزمه حكم إقراره وعن أبى حامد القاضى وغيره وجه آخر أنه لايحلف والمذهب الاول وقوله فى المختصر وإن وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلفه أنه مارضى به الاموكل عند الاصحاب محمول على ما إذا لم يكن مايدعيه محتملا أو على ما اذا احتمل طلب اليمين منه على البت أو على ما اذا لم يجزم بالدعوى بل قال أحز فلعله بلغه الخبر ورضى به ومنهم من غلط المزنى فى النقل وقال انه أدخل جواب مسألة فى مسألة اذا عرفت ذلك فاذا عرضنا اليمين على الوكيل لم يخل اما أن يحلف أو ينكل ان حلف رده فان حضر الموكل وصدق البائع فعن ابن سريج أن له استرداد المبيع من البائع لموافقته اياه على الرضى قبل الرد وفى التتمة أن القاضى الحسين قال لا تسترد وينفذ فسخ الوكيل فان نكل حلف البائع وسقط رد الوكيل ثم اذا حضر الموكل وصدق البائع فذاك وان كذبه قال فى التهذيب لزم العقد للوكيل ولا رد له لابطاله الحق بالنكول وفيه من الاشكال ماقدمناه هذا كله فى طرف الشراء أما الوكيل بالبيع اذا باع فوجد المشترى بالمبيع عيباً رده عليه ان لم يعلمه وكيلا وان علمه وكيلا رده عليه ان شاء ثم هو يرد على الموكل وعلى الوكيل ان شاء

فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل فى الكيل الآن فحينئذ تحقيق الكيل فى الجانبين لا أثر له الا تخفيف غرر خرصه تمراً فانه يكون حينئذ أقل خطأ فتنبه لذلك فان ما نقله الرافعي رضى الله عنه عن القفال يوهم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار الخرص وليس فى كلام القفال ذلك والله أعلم * وقد تابع الرفعى على ذلك ابن الرفعة فقال ان معياره الكيل كما قاله الرافعي وهو وهم والمناقشة فى هذا الفرع تقرب من المناقشة فى الفرع المتقدم قريباً فى بيع الرطب على النخل بالرطب المقطوع على الأرض وقال القاضى حسين في تعليقه لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلا علي الارض أو على الشجر من غير اعتبار المآل لا يجوز وهي المزابنة فهذا نص القاضى أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعى غير مقبول والله سبحانه أعلم ﴿ فائدة ﴾ أربع مسائل تنبني على أصل واحد وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة فعلى الاول لا تصح إلا فى التمر والرطب على النخل للفقراء وعلى الثانى تصح مع الاغنياء بالرطب على الأرض وإذا كانا رطبين من الجانبين قالها القاضى حسين *

وهل للوكيل حط بعض الثمن المعيب فيه قولان عن ابن سريج ولو زعم الموكل حدوث العيب فى يد المشترى وصدق الوكيل المشترى رد المشترى على الوكيل ولم يرد الوكيل على الموكل *

﴿ فرع ﴾ سيأتى فى القراض أن الوكيل بالشراء هل يشترى من يعتق على الموكل ان قلنا يشتريه فلو كان معيباً فللوكيل رده لانه لا يعتق على الموكل قبل الرضى بالعيب ذكره فى التهذيب *

قال ﴿ الرابعة الوكيل بتصرف معين لا يوكل الا اذا أذن له فيه * فلو وكل بتصرفات كثيرة وأذن فى التوكيل وكل * وان اطلق فثلاثة أوجه * وفى الثالث يوكل فى المقدار المعجوز عنه ويباشر الباقي * ثم لا يوكل الا أميناً رعاية للغبطة ﴾ *

مقصود الفصل الكلام فى أن الوكيل هل يوكل لا يخلو اما أن يأذن له الموكل فى التوكيل صريحاً أو يسكت عنه ان سكت عنه فينظر ان كان أمراً يتأتي له الاتيان به لم يوكل فيه لانه لم يرض بتصرف غيره وان لم يتأت ذلك منه اما لانه لا يحسن أو لان الاتيان به لا يليق بمنصبه فله التوكيل فيه لان الشخص لا يقصد منه الا الاستنابة فيه وفيه وجه أنه لا يوكل لقصور قضية اللفظ ولو كثرت التصرفات التي وكله بها ولم يمكنه الاتيان بالكل لكثرتها ففيه ثلاثة طرق (أصحها) أنه يوكل فيما يزيد علي قدر الامكان وفي قدر الامكان وجهان (أحدهما) يوكل فيه أيضاً لانه ملك التوكيل فى البعض فيوكل فى الكل كما لو أذن صريحا (وأصحهما) أنه لا يوكل فى القدر المقدور له لانه لا ضرورة اليه (والثانية) أنه لا يوكل فى قدر الامكان وفيما يزيد عليه وجهان (الثالثة) اطلاق

﴿ فرع ﴾ بيع التمر بالرطب على الارض قال المحاملي لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز وذلك ظاهر على طريقة العراقيين في اتفاقهم على منع بيع الرطب بالرطب وهما على الارض أما المراوزة فقد تقدم الخلاف عندهم في الرطب بالرطب وهما على الارض فلا جرم ذكروا أيضا خلافا في الرطب بالتمر قال القاضي حسين وجهان (أحدهما) لا يجوز لان المعنى الذى جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الايام لا يتحقق لانها لا تجف في الحال (والثاني) يجوز لأنه لما جاز على النخلة مع الخرص فلأن يجوز مع يبسه والاحاطة به أولى وقال الامام إن بنينا الباب على الاتباع امتنع وان جعلنا الخرص أصلا سوغنا وسيأتى قول الامام الذى ادعي فيه أن الخرص أصل مع تلوم وقد تقدم التعرض لهذه المسألة والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجرى في غير العرايا والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة » فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤس النخل بمائة فرق والمخابرة كراء الارض بالثلث والربع ﴾ *

الوجهين في الوكيل قال الامام رحمه الله تعالى والخلاف على اختلاف الطرق ناظر الى اللفظ والقرينة وفى القرينة تردد في التعميم والتخصيص أما اذا أذن له في التوكيل فله أن يوكل ثم له ثلاث صور لانه اما أن يقول وكل عن نفسك أو وكل عنى أو يطلق (الصورة الاولى) اذا قال وكل عن نفسك ففعل انعزل الثاني بعزل الأول لانه نائبه وفيه وجه أنه لا ينعزل الا بالاذن واجرى هذا الخلاف في انعزاله بموت الاول وجنونه (والاصح) الانعزال ولو عزل الموكل الوكيل للأول انعزل وفى انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف ولو عزل الثاني ففى انعزاله وجهان (أحدهما) لا ينعزل لانه ليس بوكيل من جهته (وأصحهما) أنه ينعزل كما ينعزل بموته وجنونه والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثاني وكيل الوكيل كما صرح به في التوكيل أو وكيل الاول ومعني كلامه أقم غيرك مقام نفسك والاصح أنه وكيل الوكيل لكنه اذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع وفرع الفرع فرع الاصل فينعزل بانعزاله (الصورة الثانية) اذا قال وكل عني ففعل فالثاني وكيل الموكل كالاول وله عزل أيهما شاء وليس لواحد منهما عزل الآخر ولا ينعزل بانعزال الآخر (الثالثة) اذا قال وكلتك بكذا وأذنت لك في أن توكل به وكيلا ولم يقل عني ولا عن نفسك ففيه وجهان (أحدهما) ان الحكم كما في الصورة الاولى لان المقصود في الاذن في التوكيل تسهيل الامر عليه (وأصحهما) أنه كالصورة الثانية لأن التوكيل تصرف يتولاه باذن الموكل فيقع عنه واذا

﴿ الشرح ﴾ حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ وقال البيهقى إن البخارى رواه ولم أره فى البخاري إلا من رواية أبى سعيد الخدرى وما ذكره المصنف ذكره الشافعى هكذا روينا فى مسند الشافعى من طريق الربيع عنه وكذلك هو فى الأم فى باب المزابنة والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر فان في مسلم فى الرواية قال عطاء فسر لنا جابر قال أما المخابرة فالارض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من التمر وزعم أن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا والمحاقلة فى الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وفى رواية أخرى فى مسلم المحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك وفى هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ثم قال الراوى قلت لعطاء بن أبى رباح أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ قال نعم وظاهره أن التفسير من قول النبى ﷺ وعندى فيه توقف لأن الراوى الأول عن عطاء الذى ميز التفسير من الحديث أجل من راوى الرواية الأخرى المحتملة وقوله بمائة فرق المقصود بذلك على جهة المثال لا أنه تحديد * والامام

جوزنا للوكيل أن يوكل فى صورة سكوت الموكل عنه فينبغى أن يوكل عن موكله فلو وكله عن نفسه ففيه وجهان وهذا لان القرينة المجوزة للتوكيل كالاذن فى مطلق التوكيل ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أمينا رعاية لمصلحة الموكل الا أن يعين له من ليس بامين ولو وكل أمينا ففسق فهل له عزله فيه وجهان *

﴿ فرع ﴾ إذا وكله بتصرف وقال له افعل فيه ماشئت هل يكون ذلك كالاذن فى التوكيل فيه وجهان عن ابن سريج (أصحهما) لا وقوله افعل ماشئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه (وقوله) في الكتاب الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلا إذا أذن فيه غير معمول بظاهره بل المعنى إلا إذا كان الموكل فيه مالا يتأتى للوكيل مباشرته فان الظاهر جواز التوكيل والحالة هذه كما تقرر (وقوله) فان أطلق فثلاثة أوجه هى حاصل مايخرج من الطرق الثلاثة التى قدمناها واعلم أن الصورة المذكورة فى أول الباب إلى هذه الغاية موضوعة فى الوكيل المطلق ومن هذا الموضع إلى آخره فى التوكيل المقرون بضرب من التقييد *

قال ﴿ الخامسة تتبع مخصصات الموكل * فلو قال بع من زيد لم يبع من غيره * وان خصص زمانا تعين * وان خصص سوقا يتفاوت بها الغرض تعين والا فلا * واذا صرح بالنهى عن غير المخصوص امتنع قطعاً * ولو قال بع بمائة يبيع بما فوقه الا إذا نهاه عنه * ولا يبيع بما دونه بحال * ولو قال اشتر بمائة يشترى بما دونها الا إذا نهاه * ولا يشترى بما فوقها بحال * ولو قال بع بمائة نسيئة فباع نقداً بمائة * أو قال اشتر بمائة نقداً فاشترى بمائة نسيئة فوجهان لان التفاوت فيه يشبه

الشافعى رضى الله عنه روى فى الأم سؤال ابن جريج لعطاء وان جابرا فسرها لهم ثم قال الشافعى وتفسير المحاقلة والمزابنة فى الأحاديث يحتمل أن يكون على رواية من هو دونه والله أعلم * وقال أبو عبيد القاسم بن سلام فى غريب الحديث سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا المحاقلة بيع الزرع وهو فى سنبله بالبر وهو مأخوذ من الحقل والحقل هو الذى يسميه أهل العراق القداح يعني الأرض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره وصرح به ابن باطيش وهو فى مثل يقال لاتنبت البقلة إلى الحقلة والمحقل السنبل قال الماوردى جاء عن النبى ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام فى محقله» يعني فى سنبله قالوا والمزابنة بيع التمر فى رؤوس النخل بالتمر * وقال أبو عبيد فى المخابرة هى المزارعة بالنصف والثلث والربع فأقل من ذلك وأكثر وهو الخبير أيضا وكان أبو عبيدة يقول بهذا سمى الأكار الخبير لأنه يخابر الأرض والمخابرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل إن أصلها مشتق من خيبر لأن النبى ﷺ أقر أهل خيبر عليها لما افتتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم وعليهم العمل فقيل قد خابرهم أى عاملهم بخيبر وهذا التفسير مطابق لمذهب الشافعى رحمه الله تعالى

اختلاف الجنس * ولاخلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز وفيه احتمال ﴾ *

الأصل فى هذه الصورة وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل فى الوكالة و يشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها بحسب العرف وفى الفصل صور (احدها) إذا عين الموكل شخصا بأن قال بع من زيد أو وقتا بأن قال بع فى يوم كذا لم يجز أن يبيع من غيره ولاقبل ذلك الزمان ولا بعده أما الأول فلأن ذلك الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل وأبعد عن الشبهة وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع وأما الثانى فلأنه ربما يحتاج إلى البيع فى ذلك الوقت ولو عين مكانا من سوق ونحوها نظر ان كان له فى المكان المعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يجز أن يبيع فى غيره وان لم يكن غرض ظاهر فوجهان (أحدهما) يجوز والتعيين فى مثل ذلك يقع اتفاقا هذا ماأورده فى الكتاب و به قال القاضى أبو حامد وقطع به الغزالى (والثانى) لايجوز لأنه ربما يكون له غرض لايطلع عليه وهذا أصح عند ابن القطان وصاحب التهذيب ولو نهاه صريحا عن البيع فى غير ذلك للموضع امتنع بلا خلاف وذكر ابن كج أن قوله بع فى بلد كذا كقوله بع فى سوق كذا حتى لو باعه فى بلد آخر جاء فيه التفصيل المذكور وهذا صحيح ولكنه يصير ضامنا للمال لنقله من ذلك البلد وكذا الثمن يكون مضمونا فى يده بل لو أطلق التوكيل بالبيع وهو فى بلد فليبعه فى ذلك البلد ولو نقله صار ضامنا (الثانية) لو قال بع بمائة درهم لم يبع بما دونها وله أن يبيع بما فوقها والمقصود من التقدير أن لاينقص ثمنها عن المقدر نعم لو نهاه صريحا لم يبع بما فوقها وحكي العبادي أن

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكراء الأرض ببعض مايخرج منها وهوالمخابرة وقديقال استكراءالأرض في الحنطة واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدرى أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قال الشيخ أبو حامد وغيره وما قلناه أولى يعني بعدتعارض الروايتين لأن اللغة تشهد له وذلك أن هـذه اللفظة من الحقل وهو الزرع و يقال الحقل القداح المزوعة والحواقل المزارع قال أبو الطيب وكذلك لايصح إجارته بحال لانه قال فى شرح التلخيص إن الحقل الأرض البيضاء وروى الشافعى رضى الله عنه ومسلم بن الحجاج فى الصحيح عن سعيد بن المسيب فى مرسلاته تفسير المحاقلة بالامرين جميعا قال الشيخ أبو حامد فثبت التفسير الذى ذكرنا يعني أنه مستعمل فى ذلك فاما استعماله فى المعنى الآخر فيمكن أن يقال ان ذلك مرسل مخالف للقياس لان الاجرة بدل من منافع الارض وليس فى كون الحب أجرة لمنافع الأرض معني يوجب فساد العقد و يمكن أن يقال ان هذا المرسل يعتضد بحديث أبى سعيد ونتكلم فى وجه القياس فى ذلك ومحل ذلك ينبغى أن يكون فى كتاب الأجارة وانما نتكلم هنا فى المزابنة قال الماوردى وغيره المزابنة فى اللغة المدافعة ولهذا سميت الزبانية لانهم يدفعون الى النار وقالوا زبنت الناقة برجلها اذا دفعت قال الشاعر

ومستعجب مما يرى من آياتنا * ولو زبنته الحرب لم يتعجب

بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة والمشهور الأول وهل له أن يبيع بمائة وهناك من يرغب بالزيادة على المائة فيه وجهان (أحدهما) نعم لموافقة صريح اذنه (والثانى) لا كما لو أطلق الوكالة فباع بثمن المثل وهناك من يرغب بالزيادة وذكر الأئمة أنه لوكان المشترى معينا بأن قال بع كلا من فلان بمائة لم يجز أن يبيع باكثر منها وكان المعني فيه أنه ربما يقصد ارفاقه ولوقال بع كذا ولا تبعه بأكثر من مائة لم يبع بالأكثر و يبيع بها و بما دونها مالم ينقص عن ثمن المثل ولو قال بعه بمائة ولا تبعه بمائة وخمسين وله أن يبيع بما فوق المائة دون المائة والخمسين ولا يبيع بالمائة والخمسين وفيما فوق ذلك وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع لانه لمانهى عن زيادة خمسين فمن مافوقها أولى وكذلك فى طرف الشراء لو قال اشتر بمائة له أن يشترى بما دونها إلا إذا نهاه ولا يشترى بما فوقها ولو قال اشتر بمائة ولا تشترى بخمسين يجوز أن يشترى بما بين المائة والخمسين ولايشترى بخمسين وفيما دونها الوجهان (الثالثة) لو قال بعه إلى أجل و بين قدره أو قلنا لاحاجة إلى البيان وحملناه على المعتاد فخالف وباع حالا نظر إن باعه بما يساويه حالا لم يصح لأنه يكون ناقصا عن ماأمر به فان مايشترى به الشيء نقداً أقل مما يشترى به نسيئة ولو باعه بما يساويه الى ذلك الأجل حالا نظر إن كان فى وقت لايؤمن فيه من نهب أو سرقة أو كان لحفظه مؤنة فى الحال لم يصح أيضا وإن لم يكن شيء من ذلك

كيلا فسمى بيع الرطب بالتمر مزابنة لانه دفع التمر باسم المزابنة بالرطب و بيعه لا يجوز قال الازهرى وانما خصوا بيع التمر في رؤس النخل بالتمر باسم المزابنة لانه غرر لا يحص المبيع بكيل ولا وزن وخرصه حدس وظن ممني لايؤمن فيه من الربا المحرم وهذا يقتضى أن المزابنة تختص ببيع التمر على رؤس النخل وهو مقتضى التفسير الذي ذكره المصنف فى الحديث عن جابر وكذلك قال ابن الصباغ وآخرون وقد تقدم فى كلام أبي حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقا يسمى مزابنة وهو مقتضى كلام الماوردى الذي ذكرته الآن وكذلك قال الخطابى وقد جاء فى رواية يحيى بن بكر فى الموطأ فى حديث ابن عمر فى تفسير المزابنة قال المزابنة الرطب بالتمر كيلا والمعنى واحد أو متقارب وتبين ان صح أن المراد بالتمر الرطب والله أعلم ٭ وقد ذكر رواية أيوب عن نافع عن ابن عمر أن المزابنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل ان زاد فلي وان نقص فعلي وهو قريب من الاول قال ابن عبد البر ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر فى هذه الأحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعاً وأقل ذلك أن يكون من قوله وهو راوى الحديث فنسلم له فكيف ولامخالف له فى ذلك وكذلك كل ما كان فى معناه من الجزاف بالكيل فى الجنس الواحد المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه

فوجهان (أحدهما) المنع أيضا فانه ربما كان يحتاج إلى الثمن فى ذلك الوقت ويخاف من التعجيل خروجه فى نفقة (وأصحهما) على ما ذكره فى التهذيب الجواز لانه زاد خيراً ولافرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند الاطلاق و بين مايقدره من الثمن بأن قال بع بمائة نسيئة فباع بمائة نقداً كما صور فى الكتاب ولو قال بع بكذا إلى شهرين فباعه الى شهر ففيه وجهان ولوقال اشتر حالا فاشتراه مؤجلا نظر ان اشتراه بما يرغب به فيه حالا الى ذلك الاجل فوجهان كما فى طرف البيع (وجه) الجواز مامر (ووجه) المنع أنه ربما يخاف هلاك المال و بقاء الدين فى ذمته قال أبوسعيد المتولى هذا اذا قلنا ان مستحق الدين المؤجل اذا عجل حقه يلزمه القبول (أما) اذا قلنا لايلزمه القبول لايصح الشراء ههنا للموكل بحال وذكر هو وغيره تخريجا على المسألة التى نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقا لو اشترى نسيئة بثمن مثله جاز لأنه زاد خيراً والموكل بسبيل من تفريغ ذمته بالتعجيل (وقوله) فى الكتاب لأن التفاوت فيه نسيئة اختلاف الجنس أى فى النقد والنسيئة وانما يشبهه باختلاف الجنس لما بين الدين والعين أو بين الحال والمؤجل من شدة اختلاف الأغراض وهذا توجيه وجه المنع فى صورتى البيع والشراء ولذلك عقبه بقوله ولاخلاف أنه لو قال بع بألف درهم فباع بألف دينار لم يجز وانما كان كذلك لأن المأتى به ليس هو المأمور به ولا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله والوكيل متصرف بالاذن فاذا عزل عن المأذون فيه لغا تصرفه وأما قوله وفيه احتمال فقد أورد القاضى ابن كج نحوا منه وليس له

والفرق

والفرق مكيال من المكاييل يسع ستة عشر رطلا والمشهور فيه فتح الراء وفيه لغة أخرى بأسكانها حكاها ابن قابوس وابن سيده وأنكرها ثعلب فعلى المشهور هو مشترك بينه و بين الخوف والله أعلم * وجمع الفرق على اللغتين فرقان كبطن و بطنان وحمل وحملان قاله ابن الأثير في شرح مسند الشافعي والوسق - بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح - يجمع على أوسق وأوساق ووسوق وقال المروي قال شمر كل شيء حملته وسقته وقال غيره الوسق ضمك الشيء إلى الشيء بعضه إلى بعض وقال ابن سيده الوسق حمل بعير وقيل هو ستون صاعا بصاع النبي ﷺ وقيل هو العدل وقيل العدلان * وقد اتفق الأصحاب على الحكم المذكور قال الشيخ أبو حامد والمحاملي لا خلاف أن ما زاد على خمسة أوسق لا يجوز وهو مذهب مالك وأحمد وقال محمد من المالكية انه ينفسخ إذا وقع قال ولو جوز ابتداء من غير كراهة لكان أقيس يعني إذا اشتراها بخرصها نقدا لأن عند مالك الخمسة الأوسق فما دونها تباع بالسنة كما تقدم وهذا قول شاذ وقد تقدم عند الكلام في اقتضاء جوازها للأغنياء ما يمكن أن يتعلق به من جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الاول والنص الصريح في النهي عن المزابنة دليل عليه والمعنى فيه أنه بيع طعام بجنسه مجهول التساوي ولم يرد فيه رخصة ولا هو في معنى ما وردت فيه وكذلك

ذكر في الوسيط ولا في كتاب الأمام رحمه الله تعالي ويمكن توجيهه بأنا عرفنا بالتوكيل رغبته في البيع ومن رغب في البيع بالدراهم فهو في البيع بمثل عددها من الدنانير أرغب هذا هو العرف الغالب وكما أن البيع بالدنانير غير المأذون فيه وهو البيع بالدراهم كذلك البيع بالمائتين غير المأذون فيه وهو البيع بالمائة ألا ترى أنه لو قال بعتك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم كما لا يصح بمائتي دينار فاذا صححنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف فكذلك البيع بالدنانير وعلى هذا الاحتمال فالبيع بعرض يساوي مائتي دينار يشبه أن يكون كالبيع بمائة دينار *

قال ﴿ ولو سلم اليه ديناراً ليشتري شاة فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما ديناراً وباع احداهما بدينار ورد الدينار والشاة فقد فعل هذا عروة البارقي مع رسول الله ﷺ فدعا له فهو صحيح على أسد القولين * وفي بيع الشاة خلاف ظاهر * وتأويل الحديث أنه امله كان وكيلا مطلقا ﴾ *

صور المسألة أن يسلم ديناراً إلى وكيله ليشتري له شاة ووصفها فاشترى الوكيل شاتين بتلك الصفة بدينار فينظر إن لم تساوي كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل وان زادتا معا علي الدينار لأنه ربما يبغي شاة تساوي ديناراً فان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً فقولان (أصحهما) صحة الشراء وحصول الملك فيهما الموكل لأنه أذن له في شراء شاة بدينار فاذا اشترى شاتين كل واحدة منهما تساوي ديناراً بدينار فقد زاد خيراً مع تحصيل ماطلبه الموكل فأشبه ما إذا أمره ببيع شاة

المحاقلة للنص والمعنى المذكور ومعنى آخر وهو أنه بيع طعام وتبن بطعام وذلك لايجوز وأيضا لان من دونه حائل قاله ابن أبي هريرة والاصحاب وليس هذا محل الكلام على المحاقلة والمخابرة وإنما نتكلم هنا فى المزابنة ﴿ فائدة ﴾ الفرق بين المحاقلة والعرايا حيث جوز فى العرايا فى القليل ولم يجوز فى المحاقلة فى قليل ولا كثير والفرق ظاهر وهو الحاجة إلى أكل الرطب حال كونه رطبا بخلاف السنبل فانه لايحتاج اليه والله أعلم ● وقد اتفق الاصحاب على أنه اذا زاد على خمسة أوسق فى عقد واحد لايصح قال الماوردى (فان قيل) فهذا أبطلتموه فيما زاد على الخمسة وجوزتموه فى الخمسة (قيل) لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة والمزابنة كلها فاسدة وهذا الجواب لايشفى فان الخمسة اذا كانت جائزة فضمت مع غيرها فالقياس تخريجه على تفريق الصفقة والمزابنة قد استثني منها مقدار خمسة أوسق فلعل مأخذ المنع من ذلك الاحتياط في عقود الربا وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد لم ينه عنه ورد على مايجوز وما لايجوز ولا يوصف بالحرمة المطلقة ولا بالحل المطلق بل هو بالنسبة الى مايجوز حلال والى غيره حرام وأما عقود الربا فحرم من حيث هي لا لامر يرجع الى المعقود عليه بل الى نفس تلك المقابلة والله أعلم ● وقد وفى الحورى بمقتضى التخريج وحكى قولين فيما لا عقد على

بدرهم فباعها بدرهمين أو يشترى شاة بدرهم فاشتراها بنصف درهم (والثانى) أنه لاتقع الشاتان معا للموكل لانه لم يأذن الا فى شراء واحدة ولكن ينظر ان اشتراها فى الذمة فللموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وللموكل أن ينزع الثانية منه ويقرر العقد فيهما لأنه عقد العقد له وان اشتراهما بعين الدينار فكأنه اشترى واحدة باذنه واخرى بغير اذنه فينبنى على أن العقود هل تتوقف على الأجازة (ان قلنا) لا تتوقف بطل العقد فى واحدة وفى الثانية قولا تفريق الصفقة (وان قلنا) تتوقف فأن شاء الموكل أخذهما بالدينار وان شاء اقتصر على واحدة ورد الأخرى على المالك والقول فى وضعه مشكل لان تعيين واحدة للموكل أو بطلان العقد فيهما ليس باولى من الاخرى والتخيير مشبه بما اذا باع شاة من شاتين على أن يتخير المشترى وهو باطل ونقل الامام رحمه الله تعالى فيما اذا اشترى فى الذمة قولا ثالثا وهو ان الشراء لايصح للموكل فى واحدة منهما بل يقعان للوكيل . واذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل فلو باع الوكيل أحدهما عن غير اذن الموكل ففي صحة البيع قولان عن ابن سريج (أحدهما) المنع لأنه لم يأذن فى البيع فاشبه ما اذا اشترى شاة بدينار ثم باعها بدينارين (والثانى) أنه يصح لأنه إذا جاء بالشاة فقد حصل مقصود الموكل فلا فرق فيما زاد بين أن يكون ذهباً أو غيره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار وباعها بدينارين ويقال هذا الخلاف هو بعينه القولان فى بيع الفضولى فعلى القول الجديد يلغو وعلى القديم ينعقد موقوفا علي اجازة

أكثر من خمسة أوسق (أحدهما) لا كمن نكح أختين (والثاني) يصح في الخمسة ويبطل في الزائد وللمشتري الخيار (١) وقد علمت ان المزابنة بيع بالثمر والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة ثم ان سائر الثمار في شجرها بجنسها لايجوز وسائر الزرع في سنبله كذلك فاختلف أصحابنا على ما حكاه الماوردي هل ذلك لدخولها في اسم المزابنة أو قياسا عليها (فأحد الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعي أن ذلك لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة وسائر الزرع في اسم المحاقلة فكان تحريمه نصا لاقياسا (والوجه الثاني) وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن النص في المحاقلة والمزابنة يختص بالحنطة والنخل وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة فكان تحريمه قياسا لانصا قال القفال في شرح التلخيص المحاقلة بيع الزرع في الارض بعد ماينعقد الحب بالحنطة وقال القاضي حسين المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة في السنابل وذلك لايجوز وهو مشتق من الحقل وذلك اسم الارض البيضاء والمزابنة بيع الرطب على الأشجار بالتمر على وجه الأرض فأما اذا باع الحنطة على وجه الأرض بالقصل قبل أن يتسنبل أو قبل أن تشتد فيه الحبات فانه يجوز لأنه بيع الحنطة بالحشيش وكذا لو باع الحنطة على وجه الأرض بالشعير في سنبله جاز وأما اذا باع الشعير على وجه الأرض بالقمح في سنبله ففيه قولان كما بيع الغائب وقال مالك رحمه الله صورة المحاقلة

(١) بياض بالأصل

الموكل واعلم أن صورة المسألة شراءا وبيعاً قد نقل في حديث عروة البارقي وهو مذكور في أول البيع في مسألة الفضولي واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القولين في أصل المسألة اما القول الأصح فلأن النبي ﷺ قرره على شرائهما وألزم العقد فيهما واما القول الثاني فلأن الشاتين لو وقعتا للنبي ﷺ لما باع أحداهما قبل مراجعته لأن الأنسان لايبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي وان حكم بانعقاده فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك واجازته فلما باع أحدهما دل على أنها دخلت في ملكه وقد يقال هب أن واحدة منهما ملكه لكن الاثنين مالم يختر الموكل واحدة منهما أو يجري فيهما اصطلاح في ذلك واذا لم تكن التي ملكها معينة فكيف يبيع واحدة منهما على التعيين ثم القائلون بالقول الأول والاحتجاج الأول احتج من ذهب منهم الى صحة بيع احدى الشاتين بالحديث ومن منع حمل القضية على أن عروة كان وكيلا مطلقاً من جهة النبي ﷺ في بيع أمواله اذا راى رأى المصلحة فيه ولكن في هذا التأويل بحث لأنه ان كان قد وكله في بيع أمواله وما سيملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ماسيملكه الا أن يقال ذلك الخلاف فيما اذا خص بيع ماسيملكه بالتوكيل أما اذا حصل تابعا لأمواله الموجودة في الحال فيجوز وهذا كما أنه لوقال وقفت على من سيولد من أولادي لايجوز ولو قال على أولادي ومن سيولد لي جاز *

والمزابنة أن يقول الرجل لآخر اضمن لى صبرتك بعشر بن صاعا فما زاد فلى وما نقص فعلى اتمامها هذا كلام القاضى حسين وقولهم فى تفسير المحاقلة بيع الزرع بالحنطة هكذا أطلقه جماعة وقال الماوردى بيع الطعام في سنبله بالطعام المصفى وقيده المحاملى بأنه بيع الحنطة فى سنبلها بالحنطة وهو الصواب وقيده الصيمرى فى شرح الكفاية فقال بيع السنبل من البر قائما بالحنطة فتقييده بالبر لابد منه وكذلك قيده الفورانى فى الابانة وقال القفال والقاضى أبو الطيب وصاحب التهذيب بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله نقيا وهذا يدخل فيه الشعير وغيره وتكون الحنطة على سبيل التمثيل قال الصيمرى ولو بيع بالدراهم لم يجز الا أنه غير المحاقلة وقال ا و داود لما ذكر التفسير المذكور قال اذا حذر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فبيع بمائة فرق فلا يجوز فان لم يكن فيه هذا الخرص وهذا التقدير فأولى بالفساد والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف فى عقد واحد مفهومه أنه يجوز فى عقود متفرقة والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل تمر بستانه كله لجماعة كل واحد منهم دون خمسة أوسق نص على ذلك الشافعي والأصحاب وقال امام الحرمين انه لاخلاف فيه ويجوز أن يبيع أيضاً الرجل الواحد في عقود كل

﴿ فرع ﴾ لو قال بع عبدى بمائة درهم فباعه بمائة درهم وعبد أو ثوب يساوى مائة درهم فعن ابن سريج أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين وأولى بالمنع لأنه عدل عن الجنس الذى أمره بالبيع به ان منع فيمتنع فى القدر الذى يقابل غير الجنس وهو النصف أم فى الجميع كيلا تتفرق الصفقة فيه قولان (ان قلنا) في ذلك القدر خاصة ففى التتمة أنه لاخيار للبائع لأنه اذا رضي ببيع الجميع بالمائة كان ارضى ببيع النصف بها وأما المشترى ان لم يعلم كونه وكيلا بالبيع بالدراهم فله الخيار فان علمه فوجهان لشروعه فى العقد مع العلم بان بعض المعقود عليه لايسلم له *

قال ﴿ السادسة الوكيل بالخصومة لايقر على موكله كما لايصالح * ولايبرىء الوكيل بالصلح عن الدم على خمر اذا فعل حصل العفو كما لوفعله الموكل * ولو صالح على خنزير ففيه تردد * والوكيل بالشراء الفاسد لايستفيد به الصحيح فلا معني لوكالته * وليس الوكيل بالخصومة أن يشهد لموكله الا اذا عزل قبل الخوض فى الخصومة ثم شهد * وان كان قد خاض لم يقبل لانه متهم بتصديق نفسه واذا وكل رجلين بالخصومة فهل لكل واحد الاستبداد وجهان ﴾ *

قال الشارح فى أول هذه الصورة وفى آخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة فى خلالها مالايتعلق بالخصومة ونحن نستوفى مايتعلق بالخصومة ثم نذكر المدرج فى مسائلها أما مايتعلق بالخصومة فثلاث مسائل (احداها) الوكيل بالخصومة من جهة المدعى يدعى ويقيم البينة ويسعى فى تعديلها

عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها نص عليه الأصحاب القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملى ونفى الخلاف فيه امام الحرمين والمتولى قال النووى فى الروضة لأن الرخصة عامة فى جميع العقود وخالف فى ذلك أحمد فقال لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة ولا يشترى أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف فى سد باب الحيل وقد أورد الاصحاب سؤالا وجوابه نقلها القاضى أبو الطيب عن أبى اسحق أنه قال(فان قيل)إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رءوس النخل بالتمر(والجواب)أن المزابنة حكمها ثابت فى العقد الواحد وقال ابن الرفعة يظهر اذا قلنا باختصاصها بالفقراء أن لا يصح لأنه بالخمسة الأولى غنى شرعي واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفى (قلت) وجواب ذلك أن الخمسة الأولى قد يكون أكلها أو أزالها عن ملكه أولا تسد كفايته واعتبار الكفاية فى ذلك أولى من جعله مالكا لنصاب الزكاة وقد تقدم مااقتضاه كلام صاحب التتمة والجرجانى من أن المعتبر أن لا نقد بأيديهم وهو حاصل هنا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ ويفهم منه أنه إذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لانه بمنزلة الصفقتين وإذا كانت ستة عشر وسقا بين رجلين فباعاها من رجلين جاز لان كل واحد منهما باع حقه وهو

ويحلف ويطالب الحكم والقضاء ويفعل مايقع وسيلة الى الاثبات والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر ويطعن فى الشهود ويسعى فى الدفع بما يمكنه ولو أقر وكيل المدعى بالقبض أو الابراء أو قبول الحوالة أو المصالحة على مال أو بأن الحق مؤجل أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل سواء أقر فى مجلس الحكم أو غيره وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة تقبل اذا أقر فى مجلس الحكم وسلم أنه لايقبل فى دعوى النكاح والطلاق والقصاص والعفو(لنا)القياس على ماسلمه وأيضا فانه لايصالح ولا يبرى، لأن اسم الخصومة لايتناولها فكذلك الاقرار ثم وكيل المدعى اذا أقر بالقبض أو الأبراء انعزل عن الوكالة وان لم يلزم اقراره الموكل وكذلك وكيل المدعى عليه اذا أقر بالحق لأنه بعد الاقرار ظالم فى الخصومة بزعمه وأطلق القاضى ابن كج وجهين فى أنه هل تبطل وكالته بالاقرار وهل يشترط فى التوكيل بالخصومة بيان من يخاصم معه *

﴿ فرع ﴾ نقل فى النهاية أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لايقبل منه تعديل بينة المدعي لأنه كالاقرار فى كونه قاطعا للخصومة وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار وقال المصنف فى الوسيط لاشك أن تعديله وحده لاينزل منه منزلة اقرار الموكل بعد التهم لكن رده مطلقا بعيد لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة إلا أن يوجه بانه بالتعديل مقصر فى الوكالة وتارك حق النصح (الثانية) تقبل شهادة الوكيل على موكله ولموكله فى غير ماهو وكيل فيه كما لو شهد له بعبد وقد وكله ببيع

ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق وبذلك كله صرح القاضي أبو الطيب والماوردى والقاضي حسين وابن الصباغ والرافعي وغيرهم ولا خلاف فى المذهب فيه وفرضها الماوردى فى عشرين وسقاً الا مداً وهو أبلغ فى التمثيل ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد فى ذلك قال لان البائع عنده لايجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز *

﴿فرع﴾ اذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمسة أوسق ففيه وجهان حكاهما الفورانى وغيره من المراوزة (والصحيح) الجواز كما لو باع من رجلين لان الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزماً وفى تعددها بتعدد المشترى وجه وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعدد المشترى واتحاد البائع فينبغي أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشترى أولى بالجواز (والوجه الثانى) أنه لايصح وهو اختيار صاحب التلخيص لانه يدخل فى ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الخرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر وفرق امام الحرمين بين هذا و بين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة فلو رجع اليه بعضه لكان خارجا بعيب عائداً بعيبين واذا تعدد البائع يرد المشترى تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا

دار وان شهد فيما هو وكيل فيه نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل لأنه يثبت لنفسه محل ولاية التصرف وان كان بعده فان كان قد خاصم فيه لم تقبل أيضاً لأنه متهم بتمشية قوله واظهار الصدق وإن لم يخاصم فوجهان (أحدهما) لاتقبل كما لو شهد قبل العزل (وأصحهما) ويحكي عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه تقبل لأنه ماانتصب خصما ولا يثبت لنفسه حقا فأشبه ما لو شهد قبل التوكيل هذه هى الطريقة المشهورة وقال الأمام رحمه الله تعالى قياس المراوزة أنه يعكس فيقال إن لم يخاصم تقبل شهادته وإن كان قد خاصم فوجهان ورأى هذا التفصيل فيما إذا جرى الأمر على تواصل فأما إذا طال الفصل فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله فى الكتاب ثم يشهد ـ بالواو ـ (وقوله) فان كان قد خاصم الى آخره فى حكم المكرر لأن فيما قبله مايغني عنه (الثالثة) لو وكل رجلين بالخصومة ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما (فأصح) الوجهين أن كل واحد منهما لايستقل بها بل يتساويان و يتناصران كما لو وكل رجلين ببيع أو طلاق أو غيرهما أو وصى الى رجلين (والثانى) أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة ويقرب منهما الوجهان فيما إذا وكل رجلين بحفظ متاع فعلى الأصح لاينفرد واحدمنهما بحفظه بل يحفظانه فى حرز بينهما وعلي الثاني ينفرد به كل منهما فان قبل القسمة قسم ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضى أنه وكيل فلان فى خصومة فلان فان كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه ثبتت الوكالة وله مخاصمته

عليه لم يكن قبل والمقصود فى العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوى و الرويانى والرافعى وممن رجح الجواز فى ذلك صاحب العدة والعمرانى *

﴿ فرع ﴾ فلو باع عشرين وسقاً من أربعة فعلى القولين ان جوزنا العرايا فى خمسة صح وقال فى الروضة وسواء فى هذه الصورة كانت العقود فى مجلس أو مجالس حتى لو باع الرجل الف وسق فى مجلس واحد بصفقات كل واحد دون خمسة أوسق جاز *

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز فان الزرع حشيش بعد غير معدود من المطعومات قاله الامام والرافعى وكذلك قال الرويانى فى البحر يجوز بشرط القطع وفرضه فيما اذا لم يشتد الحب وهو مراد الامام وكذلك صاحب التهذيب وقال سواء تسنبل أم لم يتسنبل فينبغى أن يقيد اطلاق تفسير المزابنة بالزرع بالحنطة والاحرم قال الامام وجماعة ان معناها الحب فى السنبل بالحنطة لكن قول صاحب التهذيب أنه يجوز اذا تسنبل مشكل فانه بيع قمح رطب مستتر مع تبنه بقمح وذلك نوع من الفساد والرافعى قال قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شيء *

﴿ فرع ﴾ حكي أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزابنة بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل فى صبرتك ستون وسقاً فيقول صاحب الصبرة ليس فيها ستون وسقاً فيقول له

وإن كذبه فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج أن يدعى حقا لموكله وان كان غائبا وأقام المدعى البينة على الوكالة سمعها القاضى واتبعها ولا يعتبر حضور المقصود بالخصومة فى اثبات الوكالة خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال لا تسمع البينة الا فى وجه الخصم قال الامام رحمه الله تعالى هو بناء على امتناع القضاء على الغائب ثم حكى عن القاضى الحسين أنه لابد وأن ينصب القاضى مسخراً ينوب عن الغائب ليقيم المدعى البينة فى وجهه ثم استبعده وقال لا أعرف لهذا أصلا وهذا فيه من مخالفة الأصحاب وحكى أيضا عنه أن القضاة اصطلحوا على أن من وكل فى مجلس القاضى وكيلا بالخصومة يختص التوكيل بالخصومة فى ذلك المجلس وقال الامام رحمه الله تعالى والذى نعرفه للأصحاب أنه يخاصمه فى ذلك المجلس و بعده ولا نعرف للقضاة العرف الذى ادعاه *

﴿ فرع ﴾ وكل رجلا عند القاضى بالخصومة عنه وطلب حقوقه فللوكيل ان يخاصم عنه مادام حاضراً اعتمادا على العيان فاذا غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه بناء على اسم ونسب يذكره فلابد من اقامة البينة على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذى وكله هو فلان ابن فلان ذكره أصحابنا العراقيون والشيخ أبو عاصم العبادى وعبارة العبادى أنه لابد وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضى ويثق بهما فى أدب مختصر صفة القضاة ووراء ذلك شيئان (أحدهما) روى الامام رحمه الله

الحاذر تكيلها فأن نقصت تممها وان زادت أخذت الزيادة وقد ذكر الشافعى رحمه الله تعالى هذه المسألة فى الأم وقل ان ذاك قمار مخاطرة وليس بعقد وانه من باب أكل المال بالباطل وكذلك لو قال رجل عد قثاءك أو بطيخك أو اطحن حنطتك فما زاد على كذا فلى وما نقص فعلى وكذلك فيما قال الماوردى لو أخذ ثوباً لرجل فقال أنا أقطعه لك قميصاً فان نقص غرمته وان زاد أخذت الزيادة فكل هذه الأشياء حرام بالاتفاق ولكن الاختلاف فى أن ذلك داخل تحت المزابنة أولا فان هذا مخاطرة موضوعة أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه و يأخذ عند الزيادة مالا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة ولذى حكاه أبو بكر بن العربي أن المزابنة بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر فعلى هذا لاخلاف بيننا و بينهم قال ابن العربى ثم حمل على ذلك كل رطب بيابس ونقل ابن العربى عن مالك أنه قال المزابنة كل شىء من الجزاف لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده اتبيع بشىء من المسمى من الكيل والوزن والعدد واختصاره بيع المجهول بالمعلوم وهذا أيضاً يوافق تفسير الشافعى فان قل فى المزابنة كل جنس من الطعام عرف كيله اشترى بجنس مثله مجهول الكيل أى المزابنة المحرمة وليس مقصود تفسير ما جاء فى الحديث والخلاف ان يثبت فى تفسير اللفظ لا فى المعني فان العقود المذكورة محرمة عندنا وعنده قال ما معناه ذلك وشذ الصيمرى فجعل المزابنة شراء الرطب في رؤس النخل بتمر في الارض جزافا وعلى هذا لا يحتاج إلى استثناء العرايا وهو يخالف قوله ورخص فى العرايا *

تعالي عن القاضى الحسين أن الحكام عادتهم التساهل فى هذه البينة بالعدالة الظاهرة وترك البحث والاستزكاء تسهيلا على الغرماء (والثاني) قال القاضى أبو سعيد يمكن أن يكتفى بمعرفة واحد اذا كان موثوقا به كما ذكر الشيخ أبو محمد أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرف واحد لأنه اخبار وليس بشهادة وأما ما أدرجه فى خلال مسائل الخصومة فمسألتان (احداها) لو وكله الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لان الصلح على الخمر وان كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح لا أنا نصحح التوكيل فى العقد الفاسد ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر فصالح علي خنزير ففيه جوابان عن ابن سريج أشبههما أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان لانه مستبد بما فعل غير موافق لأمر الموكل (والثانى) أنه كمالو عفا على خمر لأن الوكالة بالصلح ثابتة والخمر لاتثبت وان ذكرت وانما تثبت الدية فلا فرق فيما يصح ويثبت بين أن يذكر الخمر أو الخنزير وعلى هذا لو صالح على مايصلح عوضا وعلى الدية نفسها يجوز ولا خلاف فى أنه لو اجرى هذا الاختلاف

فرع

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو حامد فى الرونق المحاقلة على ضربين (أحدهما) بيع الحنطة فى سنبلها وهو ممتنع كالجوز واللوز فى قشرته (والثانى) بيع الحنطة مع التبن ففيه قولان بناء على خيار الرؤية وهذا الكلام يقتضى أنه لايشترط فى المحاقلة أن يكون المبيع بالحنطة وهو خلاف المشهور وخلاف ما صرح به الصيمرى فيما تقدم وهذا اختلاف فى التسمية والأحكام لا نزاع فيها وأما جزمه فى الأول بالبطلان وحكايته القولين فى الثانية فينبغى أن يؤخر الكلام عليه إلى باب الاصول والثمار *

﴿ فرع ﴾ اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب صرح الماوردى على قولنا انه لايجوز إلا أقل من خمسة أوسق أنه لو باع خمسة إلا مداً أو إلا ربع مد صح فيما اذا اشترى أربعة أنفس عشرين وسقاً الا مداً ومقتضى ذلك أن الخمسة إذا نقصت ربع مد صح جزما وهذا يشعر بالتحديد لأن ربع مد رطل وثلث فى الف وستمائة رطل قليل جداً والأصحاب أطلقوا الخمسة من غير تعرض لتحديد ولا تقريب قال ابن الرفعة ولا يبعد تخريجه على أن الخمسة الأوسق فى الزكاة تحديد أو تقريب فقد حكى عن العراقيين أنه لا يضر لنقصان خمسة أرطال فينبغى أن يكون النقص أكثر من خمسة أرطال (قلت) وقد صرح النووى بهذه المسألة وأن ذلك على سبيل التحديد فى مجموع لطيف أسماه رؤس المسائل وتحفة طلاب الفضائل وذكر فيه مسألة فى بيان جملة من المقدرات الشرعية فذكر مما هو على سبيل التحديد عدد الذى تنعقد به الجمعة ومدة مسح الخف وأحجار الاستنجاء ولو باع الكلب ونصيب الزكاة وقدر الواجب فيها وفى زكاة الفطر وفى

بين الموجب والقابل فى المصالحة يلغو لعدم انتظام الخطاب والجواب ولو وكله بأن يخالع زوجته على خمر فخالع على خمر أو خنزير فعلى ماذكرنا فى الصلح عن الدم (الثانية) لو وكله ببيع أوشراء فاسد مثل أن يقول بع او اشتر الي وقت العطاء أو قدوم زيد لم يملك الوكيل العقد الصحيح لان الموكل ماأذن فيه ولا الفاسد لان الشرع ما أذن فيه وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يملك الصحيح *

قال ﴿ السابعة اذا سلم اليه ألفا وقال اشتر بعينه شيئا فاشترى فى الذمة لم يقع عن الموكل * وان قال اشتر فى الذمة وسلم الالف فاشترى بعينه ففى صحته وجهان ﴾ *

لو سلم اليه ألفاً وقال اشتر كذا بعينه فاشترى فى الذمة لينقد ماسلمه اليه فى ثمنه لم يصح الشراء للموكل لأنه أمره بعقد ينفسخ لو تلف ماسلمه اليه وقد لايريد لزوم ألف آخر والوكيل ابى العقد لاينفسخ لو تلف ماسلم اليه و يلزم الرد ولو قال اشتر فى الذمة وسلم هذا فى ثمنه فاشترى بعينه فوجهان (أحدهما) أنه يصح للموكل لانه زاد خيراً حيث عقد على وجه لو تلف المسلم اليه لم يلزمه شيء آخر (وأصحهما) المنع لانه ربما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم مايسلمه اليه أو تلف ولو سلمه

الكفارات وتعيين سن البلوغ بخمس عشرة وتقدير الخمسة في بيع العرايا بخمسة أوسق إذا جوزنا في خمسة أوسق ومنه الآجال في حول الزكاة والجزية والعدة ودية الخطأ ونفي الزاني وانتظار العنين والمولى وحول الرضاع وجلد الزاني والقاذف وتخصيص الزيادة على الأربعين على سبيل التقدير بثمانين ونصاب السرقة بربع وغير ذلك ومن التقدير الذي على سبيل التقريب سن الرقيق المسلم فيه والموكل في شرائه ومن التقدير المختلف فيه تقدير القلتين وسن الحيض والمسافة بين الصفين ومسافة القصر ونصاب المعشرات وفي كلها وجهان (الأصح) التقريب لأنه يجتهد في هذا التقدير وما قارب وهو في معناه بخلاف المنصوص على تحديده وفي كلام النووي الذي حكيته تقييد ذلك بما إذا جوزنا في خمسة أوسق ولا يتقيد بذلك بل إذا قلنا إنه لا يجوز في خمسة فنقص منها دون ... فإنه يجوز العقد عليها لأنا جعلنا ذلك تحديداً وقد حصل النقص عليها فيمتنع والله أعلم .

(قوله) وباع الحنطة في سنبلها بالشعير على وجه الأرض فان فيه القولان في بيع الغائب قال ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه الأرض فلا بأس لكن يتقاصان بالتسليم فيما على وجه الارض وبالتخلية فيما على الشجر قاله الرافعي .

اليه وقال اشتر كذا ولم يقل بعينه ولا قال في الذمة فوجهان (أحدهما) أنه كما لو قال اشتر بعينه لأن قرينة التسليم تشعر به (وأظهرهما) أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه أو في الذمة لأنه على التقديرين يكون ممتثلاً للمأمور ويجوز أن يكون غرضه من تسليمه اليه مجرد انصرافه الى ثمن ذلك الشيء .

قال (ثم الوكيل مهما خالف في البيع بطل تصرفه . ومهما خالف في الشراء بعين مال الموكل فكمثل . فان اشترى في الذمة وقع عن الوكيل الا إذا صرح بالاضافة الى الموكل ففي وقوعه عن الوكيل وجهان) .

٣

لما تكلم فيما اراد من صور مخالفة الوكيل الموكل وموافقته من حكم البيع والشراء اذا وقعا مخالفين لأمر الموكل أما البيع فاذا قال بع هذا العبد فباع عبداً آخر فهو باطل لأن المالك لم يرض بازالة ملكه عنه وأما الشراء فان وقع بعين مال الموكل فهو كالبيع أو اشترى في الذمة نظر ان لم يسم الموكل فهو واقع عن الوكيل لأن الخطاب جامعه وانما ينصرف الى الموكل بشرط كونه موافقاً لأذنه فأما اذا لم يوافق لغت النية وكان كأجنبي يشتري لغيره بالذمة وهذا كله جواب على الجديد في منع وقف العقود والغاء تصرف الفضولي وأما على القديم فسبيل الوكيل فيه سبيل الأجانب يتوقف الشراء في الذمة

﴿ فرع ﴾ هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب إذا خرص الجميع الذى لا أشك فيه الجواز وذلك مقتضى نقل الاصحاب أنه اذا باع من رجلين سبعة أوسق جاز فالذى حصل لكل منهما مشاع ولا يقدح فى ذلك التسليم فانه يحصل بالتخلية ولا الانتفاع به فانه يحصل بالمقاسمة على قول الافراز على الاصح ﴿ فائدة ﴾ الحقل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال وحكي بعضهم فيه الحقلة ومن أمثالهم لاينبت الحقلة إلا البقلة وليست الحقلة بمعروفة واراهم أنثوا الحقلة فى هذا المثل انتهى فالمحاقلة سميت بذلك لتعلقها بزرع فى حقل والمزابنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع سميت بذلك لانها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغابن أمضاءه فيتدافعان ولايمكن المعيار الشرعى وهو الكيل فى السنابل والرطب على النخل والخرص فيها لايكفى قال الائمة وفى المحاقلة شيئان آخران *

﴿ فرع ﴾ اذا امتنع بيع الحنطة فى سنبلها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بمثلها أولى وقد صرح الشافعى رضى الله عنه بذلك وأشار الى عدم الخلاف فيه فأنه قال ولم أجدهم يعني أهل العلم يخيرون أن يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة فى سنبلها كيلا ولا وزناً لاختلاف الاكمام والحب فيهما ذكر ذلك فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار *

على إجازته إن شاء وقع عنه والا فعن الوكيل وكذا القول فى مخالفة الموكل فى البيع على ماذكرنا فى أول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفان على ذلك القول فيجوز أن يعلم قوله وقع عن الوكيل وقوله بطل تصرفه ـ بالواو ـ وكذلك القول وان سمى الموكل فوجهان (أحدهما) أنه يبطل العقد رأسا لانه صرح باضافته الى الموكل وامتنع ايقاعه عنه فيلغو (وأظهرهما) يقع عن الوكيل وتلغو تسمية الموكل وهذا لان تسمية الموكل غيرمعتبرة فى الشراء فاذا سماه ولم يمكن صرف العقد اليه صار كأنه لم يسمه هذا فيما اذا قال البائع بعت منك وقال المشتري اشتريته لفلان يعنى موكله (أما) اذا قال البائع بعت من فلان يعنى موكله وقال المشترى اشتريت لفلان يعنى موكله فظاهر المذهب بطلان العقد لانه لم تجر بينهما مخاطبة ويفارق النكاح حيث يقع من الزوج ووكيل الزوج على هذه الصيغة بل لايجوز الا كذلك لأن للبيع أحكاما تتعلق بمجلس العقد كالخيار وغيره وتلك الأحكام انما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين فاعتبر جريان المخاطبة بينهما والنكاح سفارة محضة *

﴿ فرع ﴾ فى فتاوى القفال أن وكيل المتهب بالقبول يجب أن يسمى موكله والا وقع عنه لجريان الخطاب معه ولا ينصرف بالنية الى الموكل لان الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه وما لكل أحد تسمح النفس بالتبرع عليه ويخالف الشراء فان المقصود فيه حصول العوض *

﴿ فرع ﴾ وكذلك قال فيه أيضاً ولم أرهم أجازوا بيع الحنطة فى التبن محصودة *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوزذلك فيما دون خمسة أوسق لماروى أبوهريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الثابت فى الصحيحين فى حديث أبى هريرة فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتى قريبا ان شاء الله تعالى وفى الترمذى فيما دون خمسة أوسق أو كذا وأمار وايته باحد اللفظين فقط كماذكره المصنف فلم أره فى شيء من كتب الحديث الا فى نسخة من سماعنا فى مسند الشافعي وراجعت نسخة أصح منها فوجدته على الصواب مكملا كالروايات المشهورة وكذلك رواية الشافعى رحمه الله فى الأم ومن عادة الشافعى أن رواياته فى الحديث الواحد لاتختلف ولو رواها فى مواضع متعددة لشدة ضبطه وإتقانه وتثبته فتبين أن السقوط فى تلك النسخة غلط من ناسخ فان كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتحريه أنه لايختصر الحديث ولا يقال إن ذلك جائز فانه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لأن مادون الخمسة محقق ومن أرخص فى الخمسة فقد أرخص فيما دونها فالرخصة فيمادونها محققة لأنا نقول إن فى الاقتصار على ذلك خللا فى اللفظ والمعني أما اللفظ فانه لا تتحقق مطابقته للفظ أبى هريرة فانه على تقدير أن تكون الرخصة فى خمسة أوسق فلا يمكن نسبته إليه باللفظ وأما بالمعني فلأنه يصير موهما أو مفهما

قال ﴿ الحكم الثانى للوكالة العهدة فى حق الوكيل * ويده يد أمانة في حق الموكل حتى لايضمن سواء كان وكيلا بجعل أو بغير جعل * ثم ان سلم اليه الثمن فهو مطالب به مهماوكل بالشراء * وان لم يسلم الثمن وأنكر البائع كونه وكيلا طالبه * وان اعترف بوكالته ففيه ثلاثة أوجه * والظاهر أنه يطالبه به دون الموكل * وفى الثانى يطالب الموكل دونه * وفي الثالث يطالبهما * ثم ان طولب الوكيل فالصحيح رجوعه على الموكل * وكذلك لو تلف الثمن فى يده بعد أن خرج ما اشتراه مستحقا فالمستحق يطالب البائع * وفى مطالبته الوكيل والموكل هذه الاوجه * وكذا الوكيل بالبيع اذا قبض الثمن وتلف فى يده فخرج المبيع مستحقا فرجع المشترى بالثمن على الوكيل أو على الموكل ففيه هذا الخلاف ﴾ *

ترجم الحكم بالعهدة لكنه قد مر على الكلام فى العهدة أصل آخر جعله فى الوسيط حكما برأسه واشتمل الحكم على مقصودين (أحدهما) أن يد الوكيل يد أمانة فلو تلف المال فى يده من غير تصرفه فلا ضمان عليه سواء كان وكيلا بجعل أو بغير جعل وان تعدي فيه كأن ركب الدابة أو

بطريق المفهوم أنه لايجوز فى الخمسة وذلك قادح فى الرواية بالمعني والشيخ أجل عندنامن أن يستدرك على روايته خلاه ينسب إليه والظاهر أن الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثا تاما وكلامه بعد هذا بسطر يشعر بذلك ولا أعرف رواية فى ذلك اقتصر فيهاعلى مادون خمسة أوسق إلا ماتقدم فى أول الباب عن الترمذى من القصة التى نقلها بغير إسناد ولا تعيين أو فان ثبت أن ذلك حديث كامل فهو نص فيما ادعاه وإلا فان الحكم المذكور ثابت بالاحاديث المشهورة المتقدمة فانما دون الخمسة داخل فى الخمسة وإباحة الشىء إباحته لما يتضمنه فالاباحة فيما دون الخمسة محققة إما نصا وإما تضمنا والله أعلم * والحكم المذكور لاخلاف فيه فى المذهب كذا قال القاضى أبو الطيب والحاملى *

﴿ فرع ﴾ لاضابط للنقص عن الخمسة بل متى كان أقل من الخمسة بشىء ما كان جائزا كذلك نص الشافعى عليه وهو يدل على أن الخمسة تحديد وسنفرد له فرعا فى المسألة التى بعدها واعلم أنا إذا أطلقنا خمسة أوسق انما نريد خمسة أوسق من التمر أى قبل مايخرص فنعرف أنه اذاجف كان خمسة أوسق ولا نريد خمسة أوسق من الرطب والله أعلم * وقدم التنبيه على ذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفى خمسة أوسق قولان (أحدهما) لايجوز وهو قول المزنى لأن الأصل هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبى هريرة رضى الله عنه وفى خمسة أوسق شك لانه روى فى

لبس الثوب ضمن وهل ينعزل عن الوكالة فيه وجهان (أحدهما) نعم لانها أمانة فترتفع بالتعدى كالوديعة (وأصحهما) لا وبه قطع بعضهم لان الوكالة أمانة واذن فى التصرف والامانة حكم يترتب عليه فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد وهذا كما أن الرهن لما كان المقصود منه التوثيق ومن حكمه الامانة لايلزم من ارتفاع حكم الامانة فيه بطلان أصل الرهن وتخالف الوديعة فانها ائتمان محض فلا تبقى مع التعدي فعلى هذا يصح تصرفه واذا باع وسلم زال عنه الضمان لانه أخرجه من يده باذن المالك وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه وجهان (أحدهما) نعم لزوال ملك الموكل بالبيع (وأصحهما) لا لانه ربما يرتفع العقد بتلفه قبل قبض المشترى فيكون التلف على ملك الموكل والثمن الذى يقبضه لايكون مضمونا عليه لانه لم يتعد فيه ولو رد المشترى المبيع عليه بعيب عاد الضمان ولو دفع لوكيله دراهم ليشتري بها طعاماً مثلا فتصرف فيها علي أن تكون قرضاً عليه صار ضامنا وليس له أن يشترى للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمة ولو فعل كان مااشتراه له دون الموكل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تكون للموكل ولو عادت الدراهم التى أنفقها الى يده فاراد أن يشترى بها للموكل فهو على الخلاف المذكور فى أن الوكيل هل ينعزل بالتعدي والاصح أنه لاينعزل ولايكون

حديث أبي هريرة فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق شك فيه داود بن الحصين فبقى على الأصل ولان خمسة أوسق فى حكم مازاد بدليل أنه تجب الزكاة فى الجميع فاذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز فى خمسة أوسق والقول الثاني أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبى حثمة ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور رواه البخارى ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى بن أبى أحمد عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ رخص فى بيع العرايا فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق هذا لفظ البخارى ولفظ مسلم رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة فشك داود وقال خمسة أو دون خمسة والقولان نص عليهما الشافعى رضى الله عنه فى موضعين على ماسأذكره (أحدالقولين) أنه لايجوز وهومذهب أحمد وقول المزنى والزم به الشافعى وقد رأيته منصوصا للشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف وهو فى الجزء السادس من الأم فى باب العرية قال ولايشترى من العرايا إلاأقل من خمسة أوسق بشيء ما كان فاذا كان أقل من خمسة أوسق جاز البيع وكذلك قال فى مختصر البويطى أيضا العرية أن يشترى الرجل الرطب بتمر نقدا ما كان خرصه أقل من خمسة أوسق يأكله رطبا ولكن المزنى ألزمه بحسب مانقله

مااشتراه مضمونا عليه لأنه لم يتعد فيه ولو رد مااشتراه بعينه واسترد الثمن عاد مضمونا عليه ومتى طالب الموكل الوكيل برد ماله فعليه ان يخلي بينه وبينه فان امتنع صار ضامناً كالمودع (المقصود الثانى) الكلام فى العهدة ونقدم عليه أصلين (أحدهما) الوكيل بالشراء اذا اشترى لموكله ماوكله بشرائه فالملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل أم يثبت للموكل ابتداء فيه وجهان لابن سريج (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه يثبت للوكيل أولا ثم ينتقل الى الموكل لأن الخطاب جرى معه وأحكام العقد تتعلق به (وأصحهما) أنه يثبت للموكل ابتداء كما لو اشترى الأب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداء ولأنه لو ثبت للوكيل لعتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله ولا يعتق (الأصل الثانى) أن أحكام العقدفى البيع والشراء تتعلق بالوكيل دون الموكل حيث تعتبر رؤية الوكيل دون الموكل وتلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد ولاتلزم بمفارقة الموكل إن كان حاضرا فيه وتسليم رأس المال فى السلم والتقابض حيث يشترط التقابض يعتبران قبل مفارقة الوكيل والفسخ بخيار المجلس وخيار الرؤية إن أثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل حتى لو أراد الموكل الأجازة كان للوكيل أن يفسخ ذكره فى التتمة وفرق بينه وبين خيار العيب حيث قلنا لارد للوكيل إذا رضى الموكل بمالايكاد تسكن النفس اليه إذا تقرر ذلك ففى الفصل مسائل (احداها) إذا اشترى الوكيل بثمن معين نظر إن كان فى يده طالبه البائع به والا فلا و إذا اشترى فى الذمة فان كان الموكل قد سلم

عنه فى المختصر فان لفظه فيه وأحب إلى أن تكون العرية أقل من خمسة أوسق ولا أفسخه فى الخمسة أوسق لانها شك وهذا النص منقول من الام من موضع آخر وتوجيهه ظاهر كما قاله المصنف وكثيرون جزموا بهذا القول وتقدم التنبيه على أن طرق حديث أبى هريرة رضى الله عنه كلها على الشك فالجواز فيما دون الخمسة حينئذ لأنه ثابت على التقديرين إن كان الشك خمسة أو دون الخمسة فدون الخمسة جائز إما نصا وإما ضمنا والخمسة مشكوك فيها فتبقى على الاصل وهو التحريم [illegible] الثابت فالنهى عن المزابنة وعن الغرر وعن الربا ووجه القياس الذى أشار إليه المصنف [illegible] الخمسة [illegible] لحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها وقد عهد من الشرع التسوية بينها و بين الزائد عليها فى حكم الزكاة وجعلها فى حد الكثير فينبغى أن تلحق به ههنا ويكون أولى من [illegible] بالناقص [illegible]

[illegible] ظاهر وهذا الاستدلال قاله القاضى أبو الطيب عن أبى إسحق وهو [illegible] الأصول المتقدمة كان كافيا فى التحريم [illegible] واحتج لهذا القول [illegible] إليه أبو داود فى بعض نسخ كتابه ورواه البيهقى من حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وأذن لأصحاب العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها ثم قال الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة واحتج له الماوردى بما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله [illegible] النبى صلى الله عليه وسلم قال لا صدقة فى العرية

اليه ما يصرفه الى الثمن طالبه البائع وان لم يسلمه طران أنكر كونه وكيلا أوقال لاأدرى هل هو وكيل طالبه به وان اعترف بوكالته فمن الذى يطالبه البائع بالثمن فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن المطالب الوكيل لاغير لأن أحكام العقد تتعلق به والالتزام وجد منه (والثانى) أن المطالب الموكل لاغير لأن العقد له والوكيل سفير ومعبر (والثالث) أنه يطالب من شاء منهما نظرا الى المعنيين وهذا أظهر عند صاحب التهذيب والامام وغيرهما وان رجح صاحب الكتاب الاول *

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا بالاول فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرم فيه وجهان لأن بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل وللوكيل مثله على الموكل بناء على أن الوكيل يثبت له الملك ثم ينتقل الى الموكل فعلى هذا للوكيل مطالبته بما ثبت له وان لم يؤد ما عليه وقال آخرون ينزل الوكيل منزلة المحال عليه الذى لادين عليه فعلى هذا ففى رجوعه قبل الغرم وجهان كالمحال عليه والاصح المنع واذا غرم الوكيل للبائع فقياس تنزيله منزلة المحال عليه الذى لا دين عليه الخلاف المذكور هناك فى أنه هل يشترط فى الرجوع كون الاداء بالاذن وشرط الرجوع وذكر فى النهاية ان المذهب القطع بالرجوع والا لخرج المبيع عن أن يكون مملوكا للموكل بالعوض وفى ذلك تغيير لوضع العقد (وان قلنا) بالوجه الثالث فالوكيل كالضامن والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل اذا غرم والقول فى اعتبار

والخمسة أوسق ثبت فيها الصدقة وهذا الحديث لا أعرفه وسأذكر ما يمكن أن يقال فى مقابلة هذا القول إن شاء الله تعالى وممن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر وأبو سليمان الخطابي ورجحه إمام الحرمين وصححه الرويانى في حليته والبغوى والشاشى وابن أبي عصرون والغزالى فى البسيط والنووى وهو الذى يقتضيه كلام القفال والقاضى حسين ﴿ تنبيه ﴾ نقل ابن الرفعة عن الرافعي أنه اختار قول المنع ومستنده فى ذلك أن الرافعي قال والثانى وهو المختار المنع والظاهر ان الرافعى انما اراد بذلك انه مختار المزنى فى مقابلة ما نقله عن الشافعى رحمه الله لا أنه مختار الرافعى نفسه وكلامه واستقراء عادته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما بعد يميل الى ترجيح المنع فانه قال إنه الأظهر عند صاحب التهذيب والقاضى الرويانى وغيرهما وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها أيضا والقول الثانى جزم به كثيرون انه يجوز وبه قال مالك رحمه الله ورواية عن أحمد وهو الصحيح عند المحاملى وأبي حامد والغزالى فى الوجيز وهو المنقول عن نصه فى باب بيع العرايا من كتاب البيوع من الأم قال ولا يجوز ان يبيع صاحب العرية الا خمسة أوسق أو دونها وأحب أن يكون دونها لانه ليس فى النفس منه شيئا ولعله فى الأم فى موضع ولم أمعن الكشف وهذا الكلام مع كلام المختصر ليس صريحا فى القول بالجواز بل كأنه متوقف فى ذلك للشك فى الرواية وأنه ان وقع لا يقول بفسخه لأجل الشك

شرط الرجوع وفى أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم كما سبق فى الضمان وحكى الامام أن ابن سريج فرع على الخلاف فى المسألة فقال لو سلم دراهم الى الوكيل ليصرفها الى الثمن الملتزم فى الذمة ففعل ثم ردها البائع عليه بعيب (فان قلنا) بالوجه الثانى والثالث فعلى الوكيل رد تلك الدراهم بأعيانها الى الموكل وليس له امساكها وابدالها (وان قلنا) بالوجه الاول فله ذلك لان ما دفعه الموكل اليه على هذا الوجه كانه أقرضه منه لتبرأ ذمته فاذا عاد اليه فهو ملكه وللمستقرض امساك ما استقرضه ورد مثله فهو ملكه ولك أن تقول لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل فى الجملة وانما الكلام فى أنه متى يرجع و بأى شىء يرجع واذا كان ذلك فيتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعاً له و به التراجع لا اقراضا (المسألة الثانية) الوكيل بالبيع اذا قبض الثمن إما باذن صريح أو بالاذن فى البيع على رأى وتلف المقبوض فى يده وخرج المبيع مستحقاً والمشترى معترف بالوكالة فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل لأنه الذى يتولى القبض وحصل التلف فى يده أو على الموكل لأن الوكيل سفير ويده يده أو على من شاء منهما فيه الاوجه الثلاثة السابقة (فان قلنا) حق الرجوع على الموكل فاذا غرم لم يرجع على الوكيل وكذا اذا جعلناه على الوكيل فغرم لا يرجع على الموكل قاله الامام (وان قلنا) يرجع على من شاء منهما فثلاثة أوجه (أشهرها) انه ان غرم الموكل لم يرجع على الوكيل وان غرم الوكيل رجع على الموكل لان الموكل قد غر الوكيل

فهذا هو التوفية بمقتضي الشك أن لايجزم فيه باباحة ولا تحريم وتكون أوفى كلامه للشك لاللتخيير وقال أحب أن يكون أقل يعنى لئلا يقع فى الحرام المحتمل ولكن الاصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز وهو الصحيح عند المحاملي وكأن الشافعى رضى الله عنه لم ينظر الى الأصول المذكورة ولا الى القياس أما النهى عن المزابنة فلأنه ورد مستثني منه العرايا والعرايا قد وقع الشك فى مقدارها فيكون ذلك كتخصيص العام بمجمل فانه يمنع الاحتجاج به كذلك هنا يمتنع الاحتجاج بعموم النهى عن المزابنة فى الخمسة وهذه مسألة مقررة في أصول الفقه فالشك الذى فى مقدار الرخصة يقتضى الشك فى مقدار المنهى عنه و يعدل الى دليل آخر وقد نبه الأصحاب على ذلك ومثل ذلك ماقاله امام الحرمين فيما اذا قال وقفت على أولادي وأولاد أولادى الامن يفسق منهم لما اعتقد أن ذلك متردد بين عود الاشياء إلى الكل أو الى الاخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف الى الاولاد لاجل التردد ومثل ذلك بحيث جرى بيني و بين شيخنا أى ابن الرفعة فى قوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا» ورام الاستدلال بذلك على أنه متي شك في شرط وجب ادراجه فى العموم والحكم بصحته حتى يقوم دليل على منعه وليس بجيد لما ذكرته من المرجح عند الاصوليين نعم لو كان النهى عن المزابنة فى مجلس والترخيص المشكوك فيه في مجلس آخر لم يقدح في التمسك بالعموم ولم يعلم ذلك بل الراوى

والمغرور يرجع على الغار دون العكس (والثانى) أن واحدا منهما لايرجع على الآخر أما الموكل فلأنه غارم وأما الوكيل فلحصول التلف فى يده (والثالث) أن الموكل يرجع على الوكيل دون العكس لحصول التلف فى يد الوكيل والذى يعني به من هذه الاختلافات أن المشترى يغرم من شاء منهما والقرار على الموكل ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب فى عزل الراهن وان كان يطرد فيه الخلاف (الثالثة) وهى مقدمة على الثانية فى الكتاب الوكيل بالشراء اذا قبض المبيع وتلف فى يده ثم تبين أنه كان مستحقا لغير البائع فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله لأنه غاصب ومن يده خرج المال وفى مطالبة الوكيل والموكل الاوجه الثلاثة قال الأمام رحمه الله تعالى والا قيس فى المسألتين انه لارجوع له الا علي الوكيل لحصول التلف عنده ولأنه اذا ظهر الاستحقاق بان فساد العقد وصار الوكيل قابضاً ملك الغير بغير حق ويجرى الخلاف فى القرار فى هذه الصورة أيضا (الرابعة) ولم يذكرها فى الكتاب الوكيل بالبيع اذا باع بثمن فى الذمة واستوفاه ودفعه الى الموكل فخرج مستحقا أو معيباً ورده فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن وله أن يغرم الوكيل لأنه صار مسلما للمبيع قبل أخذ عوضه وفيما يغرمه وجهان (أحدهما) قيمة العين لأنه فوت عليه العين (والثانى) الثمن لأن حقه انتقل من العين الى الثمن بالبيع فان قلنا بالأول فاذا أخذ منه القيمة طالب الوكيل المشترى بالثمن فاذا أخذه

قال الا أنه أرخص فى العرايا والراوى الآخر شك فى مقدارها ولعلهما حكيا قصة واحدة فتطرق الشك الى عموم النهى فيعدل عن ذلك الى عموم حديث سهل الا فيما قام الاجماع عليه واقتضاه النهى من غير شك وهو الزائد علي الخمسة وهذا أولى من التمسك بعموم النهى عن الغرر لأنه أخص منه مع تفاقم اكثر الاغرار ابيحت وأخرجت من ذلك العموم وأولى من التمسك بكون الأصل فى الربويات التحريم لما ذكرنا أنه أخص وأما القياس المذكور فليس بالقوى ويمكن أن يعارض بأن الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلا لوجوب الزكاة فلنكن محلا لجواز البيع وأمادون الخمسة فلم يعهد اعتباره والحاق الجواز فى الخمسة بوجوب الزكاة فيها أولي من الحاق المنع فيها بوجوب الزكاة فيها لأن الوجوب أشبه بالجواز من المنع لأن الوجوب جواز متأكد بالطلب ووجه العموم فى حديث سهل قوله رخص فى بيع العرايا وهو شامل لما إذا كان عليها خمسة أوسق وأكثر خرج الأكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث وأما حديث جابر فانه من رواية محمد بن اسحق وفيه كلام وان كان ضعيفا لكن قارن ذلك

دفعه الى الموكل واسترد القيمة (الخامسة) دفع اليه دراهم ليشترى بعينها عبداً ففعل وتلف فى يده قبل التسليم انفسخ البيع ولا شيء على الوكيل وان تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة ولو قال اشتر فى الذمة واصرفها الى الثمن الملتزم فتلف فى يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد لكنه ينقلب الى الوكيل ويلزمه الثمن أو يبقي للموكل وعليه أن يأتى بمثلها فيه وجهان قال القفال ووجه ثالث يحتمل وهو أن يعرض الحال على الموكل فان رغب فيه وأتي بمثل تلك الدراهم فالشراء له والا وقع للوكيل وعليه الثمن ولو تلف قبل الشراء لم ينعزل فان اشترى للموكل فيقع له أم للوكيل فيه الوجهان (وقوله) فى الكتاب فالصحيح رجوعه به على الموكل ليس الوجه الآخر أنه لايرجع أصلا وانما الخلاف فى أنه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع وكون الأداء بالاذن كماتقدم (وقوله) لو تلف الثمن فى يده بعد أن خرج مااشتراه الجمع بين اللفظين موحش فالوجه أن تطرح لفظة مااشتراه *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى الوكيل شراء فاسداً وقبض وتلف المبيع اما فى يده أو بعد تسليمه الى الموكل فللمالك مطالبته بالضمان ثم هو يرجع على الموكل ولو أرسل رسولا ليستقرض له فاستقرض فهو وكيل كوكيل وفى مطالبته المشترى مافى مطالبة وكيل المشترى بالثمن والظاهر أنه يطالب ثم اذا اغرم رجع على الموكل *

قال ﴿ الحكم الثالث الوكالة الجواز من الجانبين فينعزل بعزل الموكل اياه فى حضرته وكذا فى غيبته (ح) قبل بلوغ الخبر فى أقيس القولين * كما ينعزل ببيع الموكل واعتاقه * وينعزل بعزل نفسه * وبرده الوكالة * وجحوده مع العلم ردلها * ومع الجهل أولغرض فى الاخفاء ليس برد * وينعزل

أن منبه[١] ليس صريحا لأن الظاهر أن ذلك خرج على جهة التمثيل والا فيقتضى أنه لايجوز أكثر من أربع والخصم لايقول به (واعلم) أن كل ذلك تحل والانصاف قول المزنى وأن ذلك يمتنع لان الأحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس فى كلها الاستثناء فيبقى الذى ليس فيه الاستثناء على عمومه حتى يرد مبيح وكثرتها تقتضى الجزم فانها أحاديث لاحديث واحد ورد الاستثناء معه وفى حديث زيد الذى رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذى يأتى عقيب هذا مايدل على تأخر الرخصة عن النهى قال فيه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر يعني بعد النهى عن بيع التمر بالتمر قال بعضهم لو أن رسول الله ﷺ أباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يصل الينا مثبتا وحكى القفال أن معنى القولين ههنا يرجع الى أن النهى عن المزابنة ورد أولا ثم رخص فى العرايا أو لم يرد النهى الا والرخصة معه فعلى الاول وهو الأظهر والأصح لايجوز فى الخمسة وعلى الثانى يجوز حكاه عن القفال جماعة منهم القاضى الحسين وهذا يشير الى ماقلته من البحث وهو أحسن فى العبارة كما حكاه صاحب العدة عن الشيخ

(١) كذا بالاصل فحرر

بخروج كل واحد منهما عن أهلية التصرف كالموت والجنون * وكذا الاغماء على الأظهر * وفى انعزال العبد بالعتق والكتابة والبيع خلاف * لخروجه عن أهلية الاستخدام * والأمر فى حقه منزل على الخدمة ﴾ *

الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعاً لأنها اذن وانابة وقد يبدو للموكل فى الأمر الذى أناب فيه أو فى نيابة ذلك الشخص وقد لا يتفرغ له الوكيل فالالزام يصير بهما جميعاً ولا رتفاعها أسباب (فمنها) أن يعزله الموكل فى حضرته اما بلفظ العزل أو بأن يقول رفعت الوكالة أوفسختها أواخرجته فينعزل سواء ابتدأ بالتوكيل أو وكل بمسألة الخصم كما اذا سألت المرأة زوجها أن يوكل بالطلاق أو الخلع أو المرتهن الراهن أن يوكل ببيع الرهن أو الخصم الخصم أن يوكل فى الخصومة ففعل المسؤول التوكيل وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل وان عزله فى غيبته ففى انعزاله قبل بلوغ الخبر اليه قولان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى أنه لاينعزل كما أن القاضى لاينعزل مالم يبلغه الخبر وحكم الفسخ لايلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر اليه يسقط الثقة بتصرفه (وأصحهما) الانعزال لأنه رفع عقد لايحتاج فيه الى الرضا فلا يحتاج الى العلم كالطلاق ولأنه لو جن الموكل انعزل الوكيل وان لم يبلغه الخبر وكذا لو وكله ببيع عبد أو اعتاقه ثم باعه الموكل أو أعتقه نفذ تصرفه وانعزل الوكيل وان لم يشعر بالحال ضمناً لنفوذ تصرفه واذا لم يعتبر بلوغ الخبر فى العزل الضمنى ففى صريح العزل أولى واما انعزال القاضى فمنهم من طرد الخلاف فيه وعلى التسليم وهو الظاهر فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله وأما الفسخ فلافرق بينه و بين مانحن فيه لأن حكم الفسخ اما إيجاب امتثال الأمر الثانى واما إخراج الاول عن الاعتداد به

أبي على أنه قال في الشرح ان الخبر يعني خبر الزابنة هل مخصوص أو منسوخ يعني في قدر العرية فيه قولان (الأصح) الثاني ومرادهما واحد وانما قلت إن الاول أحسن لأن الرخصة وإن تأخرت لا يلزم أن تكون نسخا بل قد تكون تخصيصا وان تأخر والله أعلم * على أن لذى رأيته في شرح التلخيص للقفال نقل القولين في كون ذلك نسخا أو تخصيصا كما حكاه صاحب العدة عن على وزعم الامام أن ظاهر النص التصحيح في الخمسة وأن توجيهه عسير جدا وأخذ يتحيل بأن يحيل المزابنة على معاملة صادرة عن التحرى من غير تثبت في الخرص وأن يتخيل الخرص متفاضلا في درك المقادير معتبر في الزكاة سيما اذا جعلناه تضمينا والماهر يقل خطؤه والأخرق يتفاوت كيله والكيل بالاضافة الى الوزن كالخرص بالاضافة الى الكيل وفى كل حالة تقدير معتاد لائق بها فليقم الخرص فى الرطب الذى لا يمكن كيله مقام الكيل واذا احتمل الكيل ليسره مع امكان الوزن فليحتمل الخرص حيث لايتأتى الكيل والشافعى رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف متمسكا

فيما يرجع الي الايجاب والالزام ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم وهذا النوع لا يثبت الوكالة أصلا ورأساً لان أمر الموكل غير واجب الامتثال (وأما) النوع الثانى فهو ثابت هناك أيضا قبل العلم حتى يلزمه القضاء ولا تبرأ ذمته بالاول وعن احمد روايتان كالقولين ومن أصحاب مالك اختلاف فى المسألة فان قلنا لا ينعزل قبل بلوغ الخبر اليه فالمعتبر اخبار من تقبل روايته دون الصبي والفاسق اذا قلنا بالانعزال فينبغى ان يشهد الموكل على العزل لان قوله بعد تصرف الوكيل كنت قد عزلته غير مقبول (ومنها) اذا قال الوكيل عزلت نفسى أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل وقال بعض المتأخرين ان كانت صيغة التوكيل بع أو اعتق ونحوهما من صيغ الامر لم ينعزل برد الوكالة وعزله نفسه لان ذلك اذن واباحة فأشبه ما اذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له وقد أورد الامام رحمه الله تعالى هذا الكلام على سبيل الاحتمال ولا يشترط فى انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل خلافا لأبى حنيفة (ومنها) ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن أهلية ذلك التصرف بالموت أو بالجنون الذى يطرأ أو يزول عن قرب حكاية تردد عن صاحب التقريب وضبط الامام موضع التردد بان لا يكون امتداده بحيث تعطل المهمات ويحوج الى نصب قوام فليلتحق حينئذ بالاغماء وفى الاغماء وجهان (أظهرهما) وبه قال فى الكتاب أنه كالجنون فى اقتضاء الانعزال (والثانى) وهو الاظهر عند الامام رحمه الله تعالى و به قال فى الوسيط أنه لا يقتضى الانعزال واحتج له بأن المغمي عليه لا يلتحق بمن تولى عليه والمعتبر فى الانعزال التحاق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه وفى على الجنون الحجر بالسفه أو الفلس فى كل تصرف لا ينفذ من السفيه والمفلس وكذا

بقوله ﷺ «أينقص الرطب اذا يبس» وهذه اشارة الى المآل وما وراء الخمسة مردود بذكر الخمسة فان التقدير نص فى اقتضاء المفهوم قال فهذا اقتضى الامكان فى توجيه النص وهو على نهاية الاشكال (قلت) وقد تقدم توجيهه بغير ذلك مع أن ظاهر النصوص خلافه وعلى مساق بحث الامام وتخيله له يكون الاصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك مازاد على الخمسة بالمفهوم بقيت الخمسة على مقتضى الاصل من الجواز وليس مع ذلك على نهاية الاشكال وقد تعرض الامام فى كتاب البرهان فى أصول الفقه لهذا البحث عند الكلام فى النقص قال الاصل الكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة فى قضية مخصوصة فهو من المستثناة قال ولكن يتدرج فى هذا المحل أن الوزن أضبط من الكيل ثم الكيل متعين فى بعض الاشياء مع امكان الوزن فالخرص فى محل الحاجة كالكيل فى المكيل بالاضافة الى الوزن فلا يتضح خروج الخرص بالكلية عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة وقال أبو الحسن على بن اسمعيل بن حسن الصنهاجى ثم الانبارى المالكى فى

لو طرأ الرق بأن وكل حر بياً فاسترق (ومنها) خروج محل التصرف عن ملك الموكل كما إذا باع العبد الذى وكله ببيعه وقد مر ذلك وان وكله ببيع شيء آخر ثم أجره قال فى التتمة ينعزل الوكيل لان الاجارة ان منعت البيع لم يبق مالكا للتصرف وان لم يمنعه فهو علامة الندم لان من يريد البيع لا يؤاجر لقلة الرغبات بسبب الاجارة وكذا تزويج الجارية وفى طحن الحنطة الموكل ببيعها وجهان (وجه) اقتضائه الانعزال بطلان اسم الحنطة واشعاره بالامساك والعرض على البيع وتوكيل وكيل آخر لايقتضى الانعزال (ومنها) لو وكل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر ثم أعتقه أو باعه ففى انعزاله وجهان عن ابن سريج مبنيان على أنه توكيل محقق أو استخدام وأمر (ان قلنا) بالاول ففى الاذن بحاله لانه صار أكمل حالا مما كان (وان قلنا) بالثانى ارتفع الاذن لزوال الملك وعلى الثانى فلو قال عزلت نفسى فهو لغو ونصل بعضهم وقال ان كانت الصيغة وكلتك بكذا ففى الاذن ان أمره به ارتفع الاذن بالعتق والبيع وان حكمنا ببقاء الاذن فى صورة البيع فعليه استئذان المشترى لان منافعه صارت مستحقة له والكتابة كالبيع والاعتاق فى جريان الوجهين ولو وكل عبد غيره باذن المالك العبد فباعه مالكه ففى ارتفاع الوكالة وجهان أيضا وجه الارتفاع بطلان اذنه بزوال ملكه وعلى الثانى يلزمه استئذان المشترى ولو لم يستأذن فى الصورتين نفذ تصرفه لدوام الاذن وان ترك واجبا قال الامام رحمه الله تعالى وفيه احتمال بقى علينا مما فى متن الكتاب مسألة غفلنا عنها الى الآن وهى أن الوكيل لو جحد الوكالة وأنكرها هل يكون ذلك رداً للوكالة روى فى الوسيط فيها أوجها (أصحها) وهو المذكور فى الكتاب انه ان كان لنسيان أو غرض فى الاخفاء فهو رد ولم أعثر على المسألة فى النهاية ولكنه أورد قريبا

شرحه كذلك اختلف الناس فى الخرص فى الموضع المسموع هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة أو هو معدود من الرخص و يظهر أثر هذا الاختلاف فى مسائل (منها) أنه هل يجوز أن يجمع فى عقد واحد بين مكيل وجزاف او يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض على رأى من منع ذلك والمشهور عندهم على ماقال المنع بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن وأما مالاتشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود الا أن يكون كثيرا كالجوز واللوز مثلا أو متفاوت الاجرام ولذلك اختلفوا فى بيع العرايا فى خمسة أوسق وهذا الاختلاف ينبنى على أن الاصل جواز الخرص الا فى موضع تحقق المنع أو الاصل المنع الا في مواضع الاباحة قال (والاول) هو المذهب (والثانى) قول لبعضهم أى لبعض الاصحاب معني عندهم (قلت) واذا أخذ الخرص حيث الجملة فيظهر ترجيح اعتباره وانه ليس من الغرر المجتنب لجواز ايراد العقد علي الثمرة على رؤوس النخل بالدراهم واما الخرص فى بيع الربوى بجنسه فينبغى أن يترجح ان الاصل المنع لان المماثلة شرط والاصل عدمها والله اعلم ٭

من هذه الاوجه فى انكار الوكل التوكيل هل يكون عزلا أولا (اعلم) أن قولنا ان الجواز من أحكام الوكالة يريد به الوكالة الخالية عن الجعل فأما إذا شرط فيها جعلا معلوما واجتمع شرائط الاجارة وعقد العقد بصيغة الاجارة فهو لازم وان عقد بصيغة الوكالة فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها هذا شرح مسائل الكتاب ونختمه بصور نوردها على الاختصار ٭ لو وكل رجلا بالبيع فباع ورد عليه المبيع بعيب أو أمره بشرط الخيار فشرط ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانيا خلافا لابى حنيفة رحمه الله تعالى ولو قال بع نصيبي من كذا أو اقسم مع شركائى أو خذ بالشفعة فانكر الخصم ملكه هل له الاثبات يخرج على الوجهين فى أن الوكيل بالاستيفاء هل يثبت ولو قال بع واشترط الخيار فباع مطلقا لم يصح ولو أمره بالبيع واطلق لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشترى وكذا ليس الوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع وفى شرطهما الخيار لنفسهما وللموكل وجهان فان اطلاق العقد يقتضى عقدا بلا شرط ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له ان يعقد على بعضه لضرر التبعيض ولو فرضت فيه غبطة كما اذا امره بشراء عبد بألف فاشترى نصفه بأربعمائة ثم نصفه الآخر بأربعمائة فكذلك ولا ينقلب الكل اليه بعد انصراف العقد عنه وفيه وجه ضعيف ولو قال اشتره بهذا الثوب فاشتراه بنصف الثوب صح لأنه إذا رضى بزوال كل الثوب فى مقابلته فهو بزوال بعضه اشد رضى ولو قال بع هؤلاء العبيد واشتر لى خمسة أعبد ووصفهم فله الجمع والتفريق اذ لاضرر ولو قال اشترهم صفقة واحدة لم يفرق ولو فرق لم يصح للموكل ولو اشترى خمسة من مالكين لأحدهما ثلاثة وللآخر اثنان دفعة واحدة وصححنا مثل هذا العقد ففى وقوع شرائهم عن الموكل وجهان (أحدهما) وبه قال ابن سريج يقع حملا

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا يجب النقص عن الخمسة فهل يكفى أى قدر كان أم له ضابط الذى نص عليه الشافعي والاصحاب منهم الماوردى الاول فانه قال فى باب العرية من الام والا يشترى من العرايا الا أقل من خمسة أوسق بشىء ماكان وقال الفورانى يجوز فى الاربعة ولا يجوز فى ستة وفى الخمسة قولان وهذا على جهة ضرب المثال ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال وقد رواه جابر ماينتهى به الى أربعة أوسق فهو المباح وما زاد عليه محظور ولم أر هذا الكلام فى الاشراف وانما أطلق فيه الاباحة فيما دون الخمسة ولعله فى الاوسط أو غيره من كتبه والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وما جاز فى الرطب بالتمر جاز فى العنب بالزبيب لانه يدخر يابسه و يمكن خرصه فاشبه الرطب وفيما سوى ذلك من الثمار قولان (أحدهما) يجوز لانه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصا كالرطب (والثانى) لايجوز لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله ﷺ فى العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص فى غير ذلك ولان سائر الثمار لايدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها فى الاغصان واستتارها فى الاوراق فلم يجز بيعها خرصا ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ حديث زيد هذا رواه مسلم وقد تقدم ومضى الكلام عليه وقد نص الشافعى على أن العرايا من العنب كهى من التمر واتفق أصحابه على ذلك وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله

لكلامه على الأمر بتمليكهم دفعة واحدة ولو قال بع هؤلاء الاعبد الثلاثة بألف لم يبع واحداً منهم بما دون الألف لجواز أن لا يشترى الباقيان بالباقي من الألف ولو باعه بالف صح ثم هل يبيع الآخرين فيه وجهان (أصحهما) نعم ولو قال بع من عبيدى من شئت أبقى بعضهم ولو واحداً ولو وكله باستيفاء دينه على زيد فمات نظر إن قال وكلتك فى طلب حقى من زيد لم يطالب الورثة وان قال بطلب حقى الذى على زيد طالبهم ولو أمره بالبيع نسيئة فباع لم يلزمه التقاضى بعد حلول الأجل ولكن عليه بيان المعامل حتى لايكون مضيعاً لحقه وكذلك لوقال ادفع هذا الذهب إلى صائغ فقال دفعته فطالبه الآمر ببيانه قال القفال عليه البيان ولو امتنع كان متعديا حتى إذا بينه من بعد وكان قد تلف فى يد الصائغ يلزمه الضمان قال القفال والأصحاب كانوا يقولون لايلزمه البيان ولو قال لغيره بع عبدك من فلان بالف وأنا أدفعه اليك فباعه منه قال ابن سريج يستحق البائع الألف على الآمر دون المشترى فاذا غرم الآمر رجع على المشترى ولو قال لغيره اشتر عبد فلان لى بثوبك هذا أو بدراهمك ففعل حصل الملك للآمر ويرجع المأمور عليه بالقيمة أو المثل وفيه وجه أنه إذا لم يجر شرط الرجوع لايرجع ومتى قبض وكيل المشترى المبيع وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له وفيه وجه ان له الحبس وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى بناء على أن الملك يحصل للوكيل ثم

خرصا بالزبيب كيلا واستدلوا له بأن النبى ﷺ سوى بين الرطب والعنب فى ايجاب العشر وفى سن الخرص فيهما قال الشافعى إن العنا قيد ظاهرة بادية كالاعذاق فيمكن خرصها والاحاطة بها ولم يذكر المصنف هذين المعنيين وانما ذكر ادخار اليابس منه وامكان الخرص لأنهما معنيين مناسبين للحكم المذكور وكل منهما شرط فى تصوير المسألة ووافقنا على الحاق العنب بالرطب المالكية و بعض الحنابلة وخالف فى ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهرى قال الماوردى واختلف أصحابنا هل جازت فى الكرم نصا وروينا عن زيد بن ثابت أن النبى ﷺ أرخص فى العرايا والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثانى وهو قول ابن أبى هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت فى الكرم قياسا (قلت) والمحاملى وابن الصباغ ممن جعلا ذلك نصا ولم أقف على النص الذى ذكروه فى شيء من الاحاديث بل فى رواية الترمذى مايشعر بخلاف فى ذلك أيضا وقال ان ذلك من باب القياس الجلى لان جميع المعانى الموجودة فى النخيل موجودة فى الكرم بل رواية الترمذى عن سهل بن أبى حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا لاصحاب العرايا فانه قد أذن لهم

ينتقل إلى الموكل ولو وكله باستيفاء دينه من زيد فقال زيد للوكيل خذ هذه العشرة واقض بها دينى عن فلان يعنى موكله فاخذها صار وكيل زيد فى قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها مادامت فى يد الوكيل ولو تلف عنده بقى الدين بحاله ولو قال زيد خذها عن الذى تطالبني به لفلان فاخذها كان قبضاً للموكل و برئت ذمة زيد وليس له الاسترداد ولو قال خذها قضاء عن دين فلان فهذا محتمل للوجهين جميعاً ولو تنازع الموكل و زيد فالقول قول زيد مع يمينه ولو دفع عشرة إلى رجل فقال تصدق بها على الفقراء فتصدق بها ونوى نفسه لغت نيته وكانت الصدقة للآمر ولو وكل عبداً ليشترى نفسه أو مالا آخر من سيده ففى وجه لايجوز لأن يده يد السيد فاشبه مالو وكل انسانا ليشترى له من نفسه والأظهر الجواز كما يجوز توكيله فى الشراء من غير سيده وعلي هذا فعن صاحب التقريب أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل فيقول اشتريت نفسى منك لموكلى فلان والا فقوله اشتريت نفسى صريح فى اقتضاء العتق لايندفع بمجرد النية ولو قال العبد لرجل اشتر لى نفسى من سيدى ففعل قال صاحب التقريب يجوز ويشترط التصريح بالأضافة الى العبد فلو أطلق وقع الشراء للوكيل إذ البائع لايرضى بعقد يتضمن الاعتاق قبل توفير الثمن ولو قال لغيره أسلم فى كذا ورأس المال من مالك ثم ارجع على قال ابن سريج يصح و يكون رأس المال قرضاً على الآمر وقيل لايصح لأن الأقراض لايتم الا بالأقباض ولم يوجد من المستقرض قبض واذا أبرأ وكيل المسلم المسلم اليه لم يلزم ابراؤه الموكل لكن المسلم اليه لو قال لاأعرفك وكيلا وانما

وعن

وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه فهذه الرواية تشعر بأن العنب لايعطى حكم التمر لأنه فصله من الاستثناء وجعله مع بقية التمر فالصواب أن ذلك انما ثبت بالقياس وهو الذى يقتضيه كلام الشافعى فانه لم يذكر غيره والله أعلم * نعم فى رواية مسلم فى الصحيح من رواية ابن عمر وفيه والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلا و بيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل تمر خرصه ثم ذكر من رواية جابر النهى عن أمور منها المزابنة وقال فى آخره الا العرايا ورواية الترمذى ماضية على ذلك ومثبتة لمايعود الاستثناء إليه والله أعلم * واعلم أن قوله وعن كل تمر بخرصه فى رواية مسلم والترمذى عام فى العنب وغيره فيكون الحاق العنب بالرطب تخصيصا للعموم بالقياس فمن يمنع منه ينبغى أن يتوقف عن الالحاق ههنا الا بدليل والله أعلم * وأما غيرهما من الثمار التى تجفف مثل الخوخ والاجاص والكمثرى والتين والجوز واللوز

التزمت لك شيئاً فابرأتنى عنه نفذ فى الظاهر وتعطل بفعله حق المسلم وفى وجوب الضمان عليه قولا الغرم بالحيلولة (والأظهر) وجوبه لكن لايغرم مثل المسلم فيه ولا قيمته كيلا يكون اعتياضاً عن المسلم وانما يغرم له رأس المال حكاه الامام عن العراقيين وشهد له الحسن ورأيت فى تعليق الشيخ أبى حامد أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه ولو قال اشتر لى طعاماً بكذا نص الشافعي رضى الله عنه أن يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم قال الروياني وعلى هذا لو كان بطبرستان لم يجز التوكيل لأنه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم فيكون التوكيل فى مجهول ولو قال وكلتك بابراء غرمائي لم يملك الوكيل ابراء نفسه فان كان قد قال وان شئت تبرىء نفسك فافعل فعلى الخلاف السابق فى أنه هل يجوز توكيل المديون بابراء نفسه ولوقال فرق ثلثي مالى على الفقراء وان شئت أن تضعه فى نفسك فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل فى البيع من نفسه *

﴿ الباب الثالث فى النزاع ﴾

قال ﴿ وهو فى ثلاثة مواضع (الأول) فى أصل الاذن وصفته وقدره * والقول فيه قول الموكل فاذا اشترى جارية بعشرين فقال ماأذنت إلا فى الشراء بعشرة و حلف * فان كان اشتراه بعين مال الموكل وصدقه البائع فى أنه وكيل فالبيع باطل وغرم له الوكيل العشرين * وان اشتراه فى الذمة واعترف البائع بالوكالة فباطل * وان أنكر البائع الوكالة لم يقبل * فان أنكر الوكالة و بقيت الجارية فى يد الوكيل فليتلطف الحاكم بالموكل حتى يقول للوكيل بعتك بعشرين * فان قال إن كنت أذنت لك فقد بعتك بعشرين صح على النص * فان امتنع والوكيل صادق فى الباطن فالصحيح أنها لاتحل له ولا يملكها * ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها لأنه ظافر بغير جنس حقه * ومن له الحق لايدعى عين المال فيقطع بجواز أخذه ﴾*

والمشمش فهل يجوز على شجره بخرصه جافا فيه طريقان (احداهما) أن المسألة علي قولين وهى التى حكاها القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف واتباعه والجرجانى والفورانى وإمام الحرمين والمتولى وصاحب العدة والرافعى وقال صاحب البيان انها المشهورة فى كلام المحاملى وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز فى النخل والكرم قولا واحدا وفى غيرها من الثمار حكي قولين أحد القولين تجوز وهو مذهب مالك و بعض الحنابلة لأن النفس تدعو الى أكلها فى حال رطوبتها وهذه علة مناسبة لشبه الحاجة التى شرع لها بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وأما قول المصنف رحمه الله لأنها ثمرة فتعليل لمجرد الاسم وهو وان كان جائزا عنده وعند جماعة من الاصوليين فغيره أولى منه فلو علل بهذه العلة التي ذكرتها كان أولى وهى التى ذكرها القاضي أبو الطيب وفى كلام الشافعى تعليل ذلك بعلة تحتاج الى النظر فيها سأذكرها فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى (والثانى) لايجوز وهو المنصوص عليه في باب العرية من

الاختلاف في الوكالة فى مواضع (منها) أصل العقد فاذا قال وكلتني فى كذا فانكر فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الاذن ولو توافقا على أصل العقد واختلفا فى بعض الكيفيات أو المقادير كما إذا قال وكلتني ببيع كله أو بيعه نسيئة أو بشرائه بعشرين وقال الموكل لا بل ببيع بعضه أو بيعه نقداً أو بشرائه بعشرة فالقول قول الموكل أيضا لأن الأصل عدم الأذن فيما يدعيه الوكيل والموكل أعرف بحال الأذن الصادر منه ولأنه لما كان القول فى أصل العقد قوله وجب أن يكون فى الصفة والقدار كذلك كما أن الزوجين إذا اختلفا فى عدد الطلاق كان القول فيه قول الزوج لانهما لو اختلفا فى أصله كان القول فيه قوله وفرقوا بينه و بين ما إذا قطع الخياط ثوب غيره قباء وقال كذلك أمرتنى وقال المالك بل أمرتك أن تقطعه قميصاً حيث كان القول قول الخياط على قول مع أنهما لو اختلفا فى أصل الاذن كان القول قول المالك بان المالك هناك يريد الزام الخياط الارش والاصل عدمه وههنا الموكل لايلزم الوكيل غرامة وان لزمه الثمن وانما يلزمه بحكم اطلاق البيع على ماسيأتى * إذا تقرر ذلك فلو وكله بشراء جارية فاشتراها الوكيل بعشرين وزعم أن الموكل أذن فيه وقال الموكل ماأذنت إلا فى الشراء بعشرة وحلفناه فحلف فينظر فى الشراء أكان بعين مال الموكل أم فى الذمة إن كان بعين مال الموكل فان ذكر فى العقد أن المال لفلان والشراء له فهو باطل لان المال فى يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء فيقبل اقراره فيه وحينئذ يكون العقد واقعا بمال الغير وقد ثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن فى الشراء الذى باشره الوكيل فيلغو فان لم يذكره فى العقد وقال بعد الشراء إنى اشتريت له فان صدقه البائع فالعقد باطل أيضاً واذا بطل الشراء كانت الجارية باقية على ملك البائع وعليه رد ما أخذه وان كذبه البائع وقال إنما اشتريت لنفسك والمال لك حلف على

الام المنسوب الى العرف قال ولا تكون العرايا الا فى النخل والعنب لأنه لايضبط خرص شىء غيره واقتصر فى هذا الوضع على هذا وسيأتي عنه انه ذكر فى موضع آخر تلويحا الى القول الاول وهذا القول أعني قول المنع هو الاصح عند الروياني فى الحلية والبغوى والجرجانى وابن أبي عصرون والرافعى وغيرهم واستدلوا له بالحديث الذى ذكره المصنف وفى الاستدلال به نظر لأنه ان أريد أن النبي صلى الله عليه وسلم منع فى غير ذلك فينبغى أن يمتنع العنب بالزبيب و يكون قياسه على الرطب حينئذ فى مقابلة النص وان أريد أن الرخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لم تتفق فى غير ذلك فصحيح لكن لايمتنع القياس على مثل هذا وان أريد أن الصحابى ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك وأوجبنا الأخذ بذلك فينبغى أن لايجوز العنب بالزبيب ولكن الاصحاب لما رأوا الحاق العنب بالرطب ظاهرا قويا لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور ولما كان الحاق ماسوى ذلك من الثمار ليس بجلى

نفى العلم بالوكالة وحكم بصحة الشراء للوكيل فى الظاهر وسلم الثمن المعين إلى البائع وغرم الوكيل مثله للموكل ٭ وان كان الشراء فى الذمة نظر إن لم يسم الموكل ولكن نواه كانت الجارية الوكيل والشراء له ظاهراً وان سماه فان صدقه البائع بطل الشراء لاتفاقهما على كونه للغير وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه وان كذبه البائع وقال انت مبطل فى تسميته فيلزم الشراء الوكيل و يكون كما لو اقتصر على النية أو يبطل الشراء من أصله فيه وجهان سبق ذكرهما فى أخوات هذه الصورة (والأظهر) و به قال أبو اسحق صحته ووقوعه للوكيل وحيث صححنا الشراء وجعلنا الجارية للوكيل ظاهراً وزعمه أنها للموكل قال المزنى عن الشافعي رضى الله عنه يستحب فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له ان كنت امرته ان يشتريها بعشرين فقل بعته إياها بعشرين و يقول الآخر قد قبلت فيحل له الفرج قال الأئمة ان أطلق الموكل وقال بعتكها بعشرين وقال الوكيل اشتريت صارت الجارية له ظاهراً و باطناً وان علق كما ذكره المزنى ففيه وجهان (أحدها) لايصح البيع للتعليق والتعليق مما حكاه المزني من كلام الحاكم لامن الموكل (وأصحهما) الصحة لأنه لايتمكن من البيع إلا بهذا الشرط فلا يضر التعرض له كما لو قال هذا زكاة مالى الغائب ان كان سالماً يجزئه لأنه إنما يقع زكاة عن الغائب بهذا الشرط وسواء أطلق البيع أو علق فلايجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل وتكذيباً لنفسه وان امتنع الموكل من الاجابة أولم يرفق الحاكم به نظر ان كان الوكيل كاذباً لم يحل له وطؤها ولا التصرف فيها بالبيع وغيره وان كان الشراء بعين مال الموكل لان الجارية حينئذ تكون للبائع وإن كان الشراء فى الذمة ثبت الحل لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفاً للموكل وذكر فى التتمة أنه إذا كان كاذبا والشراء بمال الموكل فللوكيل بيعها اما بنفسه أو بالحاكم لأن البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل

قدموا ذلك اللفظ عليه لأن مثل ذلك لا يقال إلا عند ظهور ما يدل عليه وقال امام الحرمين إن الاصحاب بنوا الخلاف فى ذلك علي القولين فى أن الخرص هل يجرى فى ثمار سائر الاشجار (ان قلنا) لا يجرى امتنع البيع للجهالة (وان قلنا) يجرى فينبنى على أنا هل نقتصر فى ذلك على الاتباع أو نتبع طريق الرأى والقياس فمن سلك الاتباع منع ومن جوز الرأي سوغ وذكر الامام أنه قدم الخلاف في الخرص فى كتاب الزكاة وكذلك الغزالى رحمه الله قال فيه قولان مذكوران فى الزكاة واعترض بعض الشارحين عليه وقال لم يتعرض لذلك فى كتاب الزكاة ولا الامام ولا رأيته فى موضع ما ولا يليق ذكره فى الزكاة لأنه لا زكاة فى ذلك فليتنبه لهذا (قلت) والغزالى وامامه مسبوقان بمثل هذا الكلام من القاضى حسين لكن الاعتراض المذكور صحيح وقد يقال فى جوابه إن ذلك يأتى على القول القديم فى وجوب الزكاة فى الزيتون وما ذكر معه مما سوى الرطب والعنب وأما قول المصنف

لا عن استحقاق وقد غرم الوكيل للموكل فله أن يقول للبائع رد مال الموكل أو اغرمه ان كان تالفاً لكنه قد تعذر ذلك بسبب اليمين فله أخذ حقه من الجارية التى هي ماله ولو كان الوكيل صادقاً ففيه اوجه (أحدها) ويحكي عن الاصطخرى أنها تكون للوكيل ظاهراً و باطناً حتى يحل له الوطء وكل تصرف وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل فاذا تعذر نقله منه بقى على ملكه ومنهم من خص هذا الوجه بما اذا كان الشراء فى الذمة ولم يطرده فى الحالين واليه مال الامام رحمه الله تعالى (وثانيها) أنه ان ترك الوكيل مخاصمة الموكل فالجارية له ظاهراً و باطناً وكأنه كذب نفسه والا فلا (وثالثها) وهو الأصح أنه لا يملكها باطناً بل هى للموكل وللوكيل الثمن عليه فهو كمن له علي رجل دين لم يؤده فظفر بغير جنس حقه من ماله فيجيء الخلاف أنه هل له بيعه وأخذ الحق من ثمنه (والأصح) أن له ذلك ثم يباشر البيع بنفسه أو يرفع الامر الى القاضى حتى يبيعه فيه وجهان (الاصح) ههنا أن له بيعها بنفسه لأن القاضى لا يجيبه الى البيع ولأن الظفور بماله فى سائر الصور يدعي المال لنفسه وتسلط غيره عليه قد يستبعد وههنا الموكل لا يدعى المال لنفسه (واذا قلنا) انه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها فتوقف فى يده حتى يظهر مالكها أو يأخذها القاضى و يحفظها فيه وجهان نذكرهما فى نظائره * ولو اشترى جارية فقال له الموكل ما وكلتك بشرائها وانما وكلتك بشراء غيرها وحلف عليه بقيت الجارية المشتراة فى يد الوكيل و يتلطف كما مر (قوله) فى أول الباب القول فيه قول الموكل اطلاق لفظ الموكل على المشترى فى الصورتين بالخلاف فى صفة الاذن أو قدره قويم حسن لكنه فى صورة الاختلاف فى أصل الاذن غير مستحق وكيف ونحن نصدقه بأنه غير موكل (قوله) صح على النص المراد منه ما حكيناه من كلام المزنى وهو ظاهر فى تصحيح البيع

لان سائر الثمار لايدخر يابسها فاعلم أن القاضى أبا الطيب انما فرض المسألة فيما يدخر يابسهفهو خلاف الفرض لان صورةالمسألة فيما يدخر يابسه كذلك فرضها القاضى أبوالطيب والامام فى الجاف بالرطب من سائر الثمار ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ماهو على هيئة الادخار ولابد من ذلك لأن العرايا بيع رطب بيابس واليابس الذى لايدخر لايرغب فيه وقوله ولا يمكن خرصها ان أراد عدم الامكان الشرعى بمعنى أنه لم يشرع فيها الخرص فصحيح قال الشافعى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ولم أحفظ عنه يعنى عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أهل العلم ان شيئا من الحبوب تؤخذزكاته بخرص ولو احتاج اليه أهله رطبا لانه لايدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب وان أراد نفى الامكان الحسى فقد يمنع (نعم) هو عسر لما ذكره المصنف من العلة فلذلك لم يدخل الخرص فيه شرعا فان الغالب عليها الاستتار فى الاوراق وعدم الظهور والذي علل به القاضي أبو الطيب أن العشر

يأبى عن قبول التأويل المذكور(وقوله)ولكن له بيعهاواخذ العشرين من ثمنهاملء بالواو للامر(وقوله) لايملكها بالحاء (وقوله)لانهظفر بغيرجنس حقهاشارة الى ماذكرنامن أن الظافرههنا أولى بالتمكن *

﴿ فرع ﴾ لو باع الوكيل بالبيع نسيئة وقال كنت مأذونا فيهوقال الموكل ما أذنت لك الا فى بيعه نقداً فالقول قول الموكل كما مر ثم لا يخلو اما ان ينكر المشترى الوكالة أو يعترف بها (الحالة الأولى)أن ينكر الوكالة أو يقول إنما عرفت البائع مالكا فالموكل يحتاج الى البينة فان لم تكن بينة فالقول قول المشترى على نفي العلم بالوكالة فان حلف قرر المبيع فى يده والا ردت على الموكل فان حلف حكم ببطلان البيع والا فهو كالوحلف المشترى ونكل الموكل عن يمين الرد فى خصومة المشترى لا يمنعه من الحلف علي التوكيل فاذا حلف عليه فله أن يغرم الوكيل قيمة المبيع أو مثلهان كان مثلياً والوكيل لايطالب المشترى بشيء حتي يحل الأجل مؤاخذة له بموجب تصرفه فاذا حل نظران رجع عن قوله الأول فصدقه الموكل فلا يأخذ من المشترى الا أقل الأمرين من الثمن أو القيمة لأنه ان كان الثمن أقل فهو موجب عقده وتصرفه فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير وان كانت القيمة أقل فهو الذى غرمها فلا يرجع الا بما غرم لأنه قد اعترف آخراً بفساد العقد فان لم يرجع وأصر على قوله الأول فيطالبه بالثمن بتمامهوان كان مثل القيمة أو أقل فذاك وان كان أكثر فالزيادة فى يده للموكل ينكرها فيحفظها أو يلزم دفعها الى القاضى فيه خلاف مذكور فى موضعه وسأل الامام نفسه ههنا وقال إذا أنكر الموكل التوكيل بالبيع نسيئة كان ذلك عزلا للوكيل على رأى فكيف يملك الوكيل بعد استيفاء الثمن وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن لأن الموكل ظلمه بتغريمه فى زعمه واعتقاده والثمن على المشترى ملكه فان كان من جنس حقهفقدظفر بجنس حقهمن مال من ظلمهوان كان من غير الجنس

لايجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل فى الجانب الآخر والله أعلم * وليس فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى الحاق العنب وقطع بقية الثمار عن الالحاق الى كون العنب يخرص وهى لاتخرص والله أعلم * وفى موضع آخر قال لانه لايضبط خرص شىء غيره وهذه العبارة أسلم عن الاعتراض من عبارة المصنف (والطاريق الثانى) أنه لايجوز قولا واحدا وهو الصحيح عند المحاملي والرو يانى ونقله العمرانى عن حكاية صاحب المعتمد ومن الجازمين به سليم فى الكفاية وفرق المحاملى بينه و بين المساقاة بأن المعني الذي لأجله جوزت المساقاة في الرطب والعنب أن صاحب النخل والكرم يحتاج الى من يقوم على ثمرته و يسقيها و يتعهدها فدعت الحاجة الي جواز المساقاة عليها على أحد القولين وليس كذلك بيع العرايا لأنه انما يجوز ذلك فى الرطب والعنب لأنه يمكن معرفة قدره بالخرص وهذا المعني لايوجد فى غيرها من الثمار فلذلك لم يجز البيع قولا واحدا والظاهر الطريقة

فيأخذه أيضاً ولا يخرج على القولين بالظفر بغير جنس الحق فى غير هذه الصورة لأن المالك يدعيه لنفسه و يمنع الغير عنه والموكل لايدعى الثمن ههنا وأول مصرف يعرض له التسليم إلى الغارم الوكيل وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله فى مسألة الجارية فيقطع بجواز أخذه والمذهب المشهور تخريجه على الخلاف فى ذلك الأصل على مامر ولك أن تعلم قوله و يقطع بجواز أخذه وعليك أن تعلم ان الظاهر خلافه (الحالة الثانية) أن يعترف المشتري بالوكالة فينظر ان صدقه الموكل فالبيع باطل وعليه رد المبيع ان كان باقياً وان تلف فالموكل بالخيار ان شاء غرم الوكيل لتعديه وان شاء غرم المشترى لتفرع يده على يد مضمونه وقرار الضمان على المشترى لحصول الضمان فى يده (نعم) يرجع بالثمن الذى دفعه الى الوكيل لخروج المبيع مستحقاً وان صدق الوكيل فالقول قول الموكل فان حلف أخذ العين وان نكل حلف المشترى و بقيت له *

قال ﴿ الثاني فى المأذون فاذا قال تصرفت كما أذنت من بيع أو عتق فقال الموكل بعد لم تتصرف فقولان (أحدهما) القول قول الوكيل لأنه أمين وقادر على الأنشاء والتصرف اليه (والآخر) لا فانه اقرار على الموكل ملزم والأصل عدمه * وأما إذا ادعى تلف المال فالقول قوله لأنه يبغى دفع الضمان عن نفسه * وكذا إذا ادعى رد المال سواء كان بجعل أو بغير جعل * وذكر العراقيون فى تصديق الوكيل بالجعل وجهين ﴾ *

فى الفصل مسألتان (الاولى) إذا وكله ببيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو إعتاق أو إبراء فقال الوكيل تصرفت كما أذنت وقال الموكل لم تتصرف بعد نظر ان جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة لأنه غير مالك للتصرف حينئذ وان وقع قبله فقولان (أحدهما) أنه يصدق

الاولى لأن الشافعي قال في باب بيع العرايا من الأم وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك والمشمش والكمثرى والاجاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب لأنها لاتخرص لتفرق ثمارها والحائل من الورق دونها وأحب إلي أنه لايجوز بما وصفت ولو قال رجل هي وان لم تخرص فقد رخص منها فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحري فأجيزه كان مذهبا هذا لفظ الشافعي بحروفه وهذه الصيغة منه تقتضي اثبات قول آخر بالجواز وان كان الراجح عنده ماقدمه وهو المنع ومقتضى تجويز العرايا فيها جواز الخرص فيها والا فكيف تباع العرايا وكيف ماقدر فالأصح المنع وممن صححه الروياني والبغوى والجرجاني والرافعي وآخرون والله أعلم * وقول الشافعي رخص منها فيما حرم من غيرها أي مايباع بالتحري هكذا رأيته في نسخة معتمدة من الأم ونسخة ثانية منها أيضاً وفيه اشكال لأن ظاهره أنه رخص منها في شيء حرم من غيرها أن يباع بالتحري وان كان مقتضى الجواز وذلك معني لاينساغ ولافرق بينها وبين غيرها في أن بيعها بجنسها بالتحري غير جائز و بغير جنسها جائز ورأيت أبا بكر أحمد بن

الوكيل بيمينه لانه ائتمنه فعليه تصديقه ولأنه مالك لأنشاء التصرف ومن يملك الانشاء يقبل إقراره كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته و بهذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلا في النكاح إذا اختلف فيه الوكيل والموكل فالقول قول الموكل (والثاني) ان القول قول الموكل لأن الأصل العدم ولأن الوكيل مقر عليه بزوال الملك عن السلعة فوجب أن لايقبل بخلاف ماإذا ادعى الرد أوالتلف فانه يبغى دفع الضمان عن نفسه لاإلزام الموكل شيئا وماالأصح من القولين وما كيفيتهما (أماالأول) فكلام أكثر الاصحاب ترجيح تصديق قول الموكل وهو اختيار ابن الحداد ورجحه الشيخ أبو علي من جهة القياس (وأما الثاني) فان قول تصديق الموكل منقول عن الشافعي رضى الله عنه في مواضع واختلف الناقلون في القول الآخر فذكر الروياني وغيره أنه منصوص عليه في الرهن الكبير قال الشيخ أبو علي انه مخرج خرجه ابن سريج على هذه الطريقة وربما أبدلوا لفظ القولين بالوجهين وفي المسألة وجه ثالث وهو أن ما يستقل به الوكيل كالطلاق والاعتاق والابراء يقبل فيه قوله مع يمينه ومالا يستقل كالبيع لابد فيه من البينة ولو صدق الموكل في البيع ونحوه ولكن قال كنت عزلتك قبل التصرف وقال الوكيل بل كان العزل بعد التصرف فهو كما لوقال الزوج راجعتك قبل انقضاء العدة وقالت انقضت عدتي قبل أن تراجعني ولو قال الموكل قد باع الوكيل فقال الوكيل لم أبع فان صدق المشترى الموكل حكم بانتقال الملك اليه و إلا فالقول قوله (الثانية) دعوى الوكيل تلف المال مقبول مع يمينه كما في المودع وكذا دعواه الرد على اختلاف ذكرناه في الرهن والظاهر القبول أيضاً وقد ذكر صاحب

بشرى المصرى فى كتابه المختصر المنبه من علم الشافعى نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الاشكال قال ولو قال رجل هى وان لم تخرص فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحرى فأجيزه كان مذهبا فأسقط لفظة منها واستقام المعنى وصار المعني لانه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحرى جاز فيها ولم يصرح بوجه الالحاق والله أعلم * وعبارة الشافعى فيما نقله الماوردى فى الحاوى ولو قال قائل يجوز التحرى فيها كان مذهبا وهذا لاشكال فى فهمه ﴿ فائدة ﴾ قال ابن الرفعة ان قلت انه يجب اذا منعنا القياس فى الرخص كما هو قول الشافعى القديم وقول لغيره أن لايقاس العنب على الرطب ولا نعلم قائلا به فى مذهبنا وأجاب بأن السؤال صحيح ان صح أن الشافعى كان يمنع القياس فى الرخص فى القديم وجوابه لعله كان فى القديم يرى ان اسم العرية لايختص بالرطب (قلت) وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوصا وترجيح كونه ثابتا بالقياس وأما كون الشافعى له قول

الكتاب حكم دعواه الرد مرة فى باب الرهن الا أن لفظه فى حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على احد وجهيهم وهو أن الوكيل بالجعل غير مصدق وههنا نص على الوجهين كما ذكرناهما فى شرح طريقتهم هناك وقد بينا ثم ان تسويته بين دعوى التلف والرد فى نقل الخلاف على خلاف ماأورده الجمهور ولفظه ههنا صالح لماذكره هناك ولما هو الحق أن يفصل بين قوله وكذا اذا ادعى رب المال عما قبله وكل ماذكرناه ههنا وهناك فيما اذا ادعى الأمين الرد على من ائتمنه أما إذا ادعى الرد على غيره فقد ذكره صاحب الكتاب فى الوديعة وستأتى إن شاء الله تعالى ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذي كان يقوم بأمره وهي مذكورة فى هذا الباب من بعد (ومنها) أن يدعى الوكيل الرد على رسول المالك لاسترداد ماعنده فلا خلاف فى أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه وأما الوكيل فالمذهب أنه لايلزمه تصديق الوكيل لانه يدعى الرد على من لم يأتمنه فليقم البينة وفى وجه عليه التصديق لأنه معترف برسالته ويد رسوله يده فكأنه ادعى الرد عليه *

قال ﴿ وكذلك لو قال قبضت الثمن وتلف فى يدى وكان ذلك بعد التسليم فالقول قوله لان الموكل يريد أن يجعله خائنا بالتسليم قبل الاستيفاء * فأما إذا كان قبل التسليم فالقول فيه قول الموكل والأصل بقاء حقه ﴾ *

إذا وكل وكيلا باستيفاء دين له على إنسان فقال استوفيته وأنكر الموكل نظر إن قال استوفيته وهو قائم فى يدى فخذه فعليه أخذه ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال استوفيته وتلف فى يدى فالقول قول الموكل مع يمينه على نفى العلم باستيفاء الوكيل لان الأصل بقاء حقه فلا يقبل قول الوكيل

يتبع

يمنع القياس فى الرخص حتى يلزم عليه ماأورده لم أعلم الشافعى قولا بذلك ولا وقفت عليه فى نقل معتمد وليس عند الشافعى باب يمتنع فيه القياس إذا اجتمعت شروطه وقد ذكر الغزالى فى المستصفى قياس العرايا من قسم مالستثنى عن قاعدة سابقة و يتطرق إلى استثنائه معنى فيقاس عليه كل مسألة دارت بين المستقر ومشارك المستثنى فى علة الاستثناء ومثل بالعرايا فانه لم يرد ناسخاً لقاعدة الربا لكن استثني للحاجة فنقيس العنب لأنا نراه فى معناه نعم لنا رخص لا يجوز القياس عليها لا لأجل أنها رخص بل لأنه لم يوجد فيها شروط القياس كرخص السفر والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرش الجناية والغرة والشفعة والقسامة ونظائرهاوهذه أمثلة من قسم ترجم الغزالى عنه بالقواعد المبتدأةالعديمة النظير فهذهانما امتنع القياس فيها لعدم نظيرهاوليس كل رخصة كذلك فاعلم من نقل عن الشافعى أنه لا يقيس فى الرخص المقيس عليه بذلك فلا يعرج على هذا النقل إلا بعد تثبت والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الجرجانى لاتجوز العرية فى الزرع بخلاف الكرم والنخل لأن أعذاقها وعناقيدها مجتمعة بارزة *

والمديون إلا ببينة هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما إذا اختلفا فى البيع ونحوه وعلى الأول فاذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه ولا رجوع له على الوكيل لاعترافه أنه مظلوم ولو وكله بالبيع وقبض الثمن أو البيع مطلقا وقلنا الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن واتفقا على البيع واختلفا فى قبض الثمن فقال الوكيل قبضته وتلف فى يدى وأنكر الموكل فهذه مسألة الكتاب وفى معناها ما اذا قال قبضته ودفعته اليك فأنكر الموكل القبض ففى المصدق منهما طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف المذكور فى البيع وسائر التصرفات (وأظهرهما) أن هذا الاختلاف ان كان قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل كما فى المسألة السابقة وان كان بعدتسليمه فوجهان (أحدهما) الجواب هكذا لأن الأصل بقاء حقه (وأصحهما) وبه قال ابن الحداد أن القول قول الوكيل لأن الموكل ينسبه الى الخيانة قبل قبض الثمن ولزوم الضمان والوكيل ينكر فاشبه ما إذا قال الموكل طالبتك برد الثمن الذى دفعته اليك أو بثمن المبيع الذى قبضته فامتنعت مقصرا الى أن تلف فقال الوكيل لم تطالبني ولم أكن مقصراً فان القول قوله وهذا التفصيل فيما اذا أذن فى البيع مطلقاً أو حالا فان أذن فى التسليم قبل قبض الثمن أو أذن فى البيع بثمن مؤجل وتنازعا فى القبض بعد الأجل فهنا لا يكون خائناً بالتسليم قبل القبض والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم فاذا صدق الوكيل لحلف فهل تبرأ ذمة المشترى فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنا قبلنا قول الوكيل فى قبضه الثمن فاكتفى بموجبه (والثانى) لا لان الاصل عدم الاداء وإنما قبلنا من الوكيل فى حقه لائتمانه إياه

﴿ فرع ﴾ لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص قل أو كثر ويتقابضان نص عليه الشافعي والأصحاب ولو بيعت العرايا بنقد أو عرض موصوف من كل ماعدا المأكول والمشروب إلى أجل وقبض المشتري العرية جاز نص عليه الشافعي رضي الله عنه *

﴿ فرع ﴾ قال إمام الحرمين وحق الفقيه أن لا يغفل في تفاصيل المسائل عما مهدناه في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار وفيها حق المساكين أو لا حق فيها والتنبيه كذ يعني أنه إذا باع من في ملكه خمسة أوسق فصاعدا بحيث تجب عليه الزكاة فان الزكاة تتعلق بالثمرة ببدو الصلاح وبيع المال وفيه حق الزكاة مذكور بأحكامه وتفاصيله في ذلك المكان وذلك بعينه جار هنا لانه لافرق في ذلك بين أن يكون البيع بتمر أو بنقد فيجيء إذا أطلقنا هنا المراد من حيث مانحن نتكلم فيه وأما تلك التفاصيل والاحكام فمعلومة في بابها والله أعلم * وقال الروياني في البحر قال أصحابنا هذا إنما يجوز

وهذا أصح عند صاحب التهذيب والأول عند الامام وعلى الأول فاذا حلف الوكيل وبرأنا المشتري ثم وجد المشتري عيباً فان رده على الموكل وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بان الوكيل لم يأخذ شيئاً وان رده على الوكيل وغرمه لم يرجع على الموكل والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئاً ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بثمنه أن نثبت بها حقاً على غيره ولو خرج المبيع مستحقاً قال في التهذيب يرجع المشتري بالثمن على الوكيل لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل لما مر ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن فقال الوكيل دفعته إليك وقال الموكل بل هو باق عندك فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم اليه والظاهر أن القول قول الوكيل ولو قال الموكل قبضت الثمن فادفعه لي وقال الوكيل لم أقبضه بعد فالقول قول الوكيل مع يمينه وليس للموكل طلبه الثمن فهو متعد بفعله وللموكل أن يغرمه قيمة المبيع *

قال ﴿ الثالث إذا وكله بقضاء الدين فليشهد فان قصر ضمن بترك الاشهاد * وكذا قيم اليتيم لا يصدق (و) في دعوى رد المال * قال الله تعالى (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) * ومن يصدق في الرد إذا طولب بالرد هل له التأخير بقدر الاشهاد وجهان ﴾ *

ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع (وثالثها) في الوسيط النزاع في القبض وهو ماسبق في الفصل المتقدم على هذا الفصل وههنا جعل الثالث مما يشرع فيه الآن وترتيب الوسيط أحسن لأن أكثر المسائل من هذا الموضع إلى آخر الباب لا تعلق له بالاختلاف وفي الفصل ثلاث صور (احداها) إذا دفع اليه مالا ووكله بقضاء دينه ثم قال الوكيل دفعته إلى رب

إذا خرص عليه الزكاة وقلنا الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف فى الجميع قال وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد إذا لم يبلغ ما فى حائط قدراً تجب فيه الزكاة أو أراد الاقدر الزكاة اذا قلنا الخرص غيره انتهى وهذا يوافق ما أشار اليه الامام واصل هذا التنبيه عن القفال كذلك حكاه عنه تلميذه الفورانى وصاحب العدة ورأيته فى كلامه فى شرح التلخيص وأصله من كلام الشافعى رضى الله عنه فانه تعرض لذلك فى باب صدقة التمر من الام ولاحقله هناك تفريق الصدقة إذا باع ثمر حائطه وسكت عن الصدقة وقد تقدم من كلام الشافعى وروايته أن مصدق الحائط أمران يأمر الخارص ان يدع لأهل البيت قدر ما يراهم يأكلونه ولا يخرصه لتؤخذ زكاته ومع ذلك فلا حاجة الى هذا الذي قاله هؤلاء الائمة وتكون تلك العرية إذا فرضت على ما قاله الشافعى لاتتعلق الزكاة بها كما ذكر والله أعلم ● لكن قد تقدم أن الأصحاب نقلوا ذلك عن القديم وأن المشهور خلافه أما إذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلاشك فى جريان ما نبهوا عليه وهذا الفرع الذى نبه عليه الشافعى

الدين وأنكر رب المال فالقول قوله مع يمينه لأنه لم يأتمن الوكيل حتى يلزمه تصديقه والأصل عدم الدفع فاذا حلف طالب الموكل بحقه وليس له مطالبة الوكيل وهل يقبل قول الوكيل على الموكل فيه قولان (أحدهما) نعم خرجه ابن سريج وحكى عن أبي حنيفة لأن الموكل قد ائتمنه فاشبه ما إذا ادعى الرد عليه (وأصحهما) لا بل لابد من البينة لأنه أمره بالدفع إلى من لم يأتمنه فكان من حقه الاشهاد عليه فعلى الأول يحلف الوكيل وتنقطع مطالبة المالك عنه ولا يغنيه تصديق المدفوع اليه عن اليمين وعلى الأصح ينظر إن ترك الاشهاد على الدفع فان دفع بحضور الموكل فلا رجوع للموكل عليه فى أصح الوجهين وان دفع فى غيبته فله الرجوع ولا فرق بين أن يصدقه الموكل على الدفع أولا يصدقه وعن أبي الطيب وجه أنه لا يرجع عند التصديق ومن احتاط فقال الوكيل دفعت بغير شهود صدقه الموكل وانكر المدفوع اليه فالقول قول الموكل مع يمينه وإن كان قد أشهد عليه وأنكر ومات الشهود أوجنوا أوغابوا فلارجوع وإن كان قد أشهد شاهداواحداأو فاسقين فيه خلاف وكل ذلك على ماذكرنا فى رجوع الضامن على الأصيل فاذا عرفت ذلك اعلمت قوله ضمن بترك الاشهاد وتنزيله على الحالة التى يجب التنزيل عليهاولو أمره بايداع ماله ففى لزوم الاشهاد وجهان مذكوران فى الوديعة (الثانية) إذا قيم اليتيم أو الوصى دفع المال إليه بعد البلوغ فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله بل يحتاج إلى البينة لأن الأصل عدم الدفع وهو لم يأتمنه حتى يكلف تصديقه واحتج له أيضاً بأن الله تعالى قال (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) أمر بالاشهاد ولو كان قوله مقبولاً لما أمر لكن يجوز أن يكون الأمر بالاشهاد إرشاداً أو ندباً إلى التورع عن اليمين وعن رواية ابن المرزبان وغيره وجه آخر أنه يقبل قوله

من أنه يدع لأهل البيت من حائطهم قدر مايراهم يأكلونه مستفاد غريب ثم فيه مباحثة من جهة ان حق المساكين قبل الخرص هل تعلق بالجميع أولا فان كان الأول فكيف ينقطع بافراد الخارص من غير أن يفرد حقهم فيما عدا ذلك الا أن يحمل على الوثوق بأن المشترى يتصدق بعشره كما تقدم وان كان الثانى فيكون حقهم فى نخلات مبهمة وحينئذ فهل ولاية التعيين للمالك التصرف فيها بالأكل وغيره قبل التعيين فاذا باع كوين كما لو باع الأربعين من الشياه التى تعلق بها الزكاة والله أعلم فلا يجوز ولا يخرج على تفريق الصفقة على الاصح لأجل الابهام وأما اقتضاء كلام الرافعى لترجيح الصحة فى ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبعيد فيجب تأويله وكذلك قال القفال فى شرح التلخيص لما ذكر القولين فى ذلك هل يجبر بالقسط أو بالكل فال وهذان القولان يخرجان على القول الذى يقول ان الزكاة تجب فى الذمة لافى العين لأن الزكاة اذا وجبت فى الذمة فان البيع يكون صحيحا فى جميع الأربعين فاذا أخذ الساعى منها واحداً كان ذلك عيبا *

مع يمينه لانه أمين (الثالثة) إذا طالب المالك من فى يده المال بالرد فقال لاأرد إلا بالاشهاد ينظر إن كان ممن يقبل قوله فى الرد كالمودع والوكيل ففيه وجهان (أشهرهما) وهو الذى أورده العراقيون أنه ليس له ذلك لان قوله فى الرد مقبول فلا حاجة إلى البينة (والثانى) ويروى عن ابن أبى هريرة رحمه الله أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين فان الأمناء يتحرزون عنها ما أمكنهم وفيه وجه ثالث أنه إن كان التوقف إلى الاشهاد يورث تأخيراً أو تعويقاً فى التسليم لم يكن له الامتناع و إلا فله ذلك وان كان ممن لايقبل قوله كالغاصب فان كان عليه بينة بالأخذ فله الامتناع إلى الاشهاد لانه يحتاج الى بينة الاداء إن توجهت عليه بينة الأخذ و إن لم تكن عليه بينة بالأخذ فوجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أن له أن يمتنع إلى الاشهاد لأن قوله فى الرد غير مقبول (والثانى) المنع لانه يمكنه أن يقول ليس عندى شىء و يحلف عليه هذا ما أورده المشايخ العراقيون والمديون فى هذا الحكم كمن لايقبل قوله فى رد الاعيان *

قال ﴿ ولمن عليه الحق (ح و ز) أن لايسلم إلى وكيل المستحق إلا بالاشهاد وان اعترف به وان كان فى يده تركة وأقر لانسان بانه لاوارث سواه لزمه (و) التسليم * ولم يجز له تكليفه شهادة (و) على أن لاوارث سواه * ولو اعترف لشخص بأنه استحق الفاً عن جهة الحوالة ولكن خاف انكار المحيل فهو كخوف انكار الموكل فعلى وجهين ﴾ *

إذا كان له دين فى ذمة غيره أو عين فى يد غيره فأتى ذلك الغير إنسان وقال أنا وكيل بقبضه فله حالتان (إحداهما) أن يصدقه فى دعوى الوكالة فله دفعه اليه واذا دفع ثم ظهر المستحق وأنكر

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رحمه الله في الأم ولا بأس أن يشتريها في الموضع من له حائط أي بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها وفصلها أو قرنها لأن الحلال عام لاخاص الا أن يخص بجزء لازم وان حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها واطعامها و بيعها إذا حازها وما يحل له من المال في ماله انتهى وهذه الفروع كلها واضحة لاخلاف فيها بين الأصحاب وفي قول الشافعي لموافقة ثمرتها إشارة الى أن الأغراض في البياعات تختلف فلا يحصر الغرض في أن لا يكون لمالك الثمرة أو مثلها عند المشترى بل قد يكون مثلها عنده و يريد ضمها إليه

﴿ فرع ﴾ قال الماوردي رحمه الله إن الخارص هنا يكفي فيه واحد بخلاف الزكاة على رأى والفرق أنه هنا نازل منزلة الكيل عند تعذره و يكفي في الكيل واحد فكذلك هذا وهل يشترط ان يكون غير المتعاقدين أو يكفي أحدهما قال القاضي أبو الطيب في كيفية الخرص أن ينظر المتبايعان إلى النخلة و يحذر انها وذلك يقتضي الاكتفاء بهما ولا شك في ذلك كما أنهما لو علما المماثلة لايشترط اخبار

الوكالة والقول قوله مع يمينه فاذا حلف فان كان الحق عيناً أخذها فان تلف فله تغريم من شاء منهما ولا رجوع للغارم منهما على الآخر لأنه مظلوم بزعمه والمظلوم لايؤاخذ إلا من ظلمه قال في التتمة هذا إذا تلف من غير تفريط منه فان تلف بتفريط من القابض فينظر ان غرم المستحق القابض فلا رجوع وان غرم الدافع فله الرجوع لان القابض وكيل عنده والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه وماله في ذمة القابض فيستوفيه بحقه * وان كان الحق ديناً فله مطالبة الدافع بحقه واذا غرمه قال المتولي ان كان المدفوع باقياً فله استرداده وان صار ذلك للمستحق في زعمه لانه ظلمه بتغريمه وذلك مال له ظفر به وان كان تالفاً فان فرط فيه غرم والا فلا وهل للمستحق مطالبة القابض ينظر ان تلف المدفوع عنده فلا لان المال للدافع بزعمه وضمانه له وان كان باقيا فوجهان عن أبي اسحق أن له مطالبته بتسليمه اليه لانه انما دفعه اليه ليدفعه الى المستحق فكأنه انتصب وكيلا في الدفع من جهته وبهذا أجاب الشيخ أبو حامد في التعليق (وقال الاكثرون) لامطالبة لان الآخذ فضولي بزعمه والمأخوذ ليس حقا له وانما هو مال المديون فلا تعلق للمستحق به (فان قلنا) بالاول فأخذه بريء الدافع عن الدين وهل يلزم من عنده الحق دفعه اليه بالتصديق أم له الامتناع الى قيام البينة على الوكالة نص أنه لايلزمه الا بعد البينة ونص فيما اذا أقر بدين أو عين من تركة انسان أنه مات ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع اليه ولا يكلف البينة وللأصحاب طريقان (أحدهما) ونقل عن أبي اسحق أن المسألتين على قولين في قول يلزم الدفع الى الوكيل والوارث لأنه اعترف باستحقاقه الاخذ فلا يجوز له منع الحق عن المستحق وفيه قول لايلزمه الدفع الى واحد منهما الا بالبينة (أما) في الصورة الأولى

غيرها وانما الكلام ههنالو خرص أحدهما ولم يخرص الآخر وقال ابن الرفعة فيه احتمال يتخرج على مالو أذن من عليه التسليم بالكيل الى مستحقه فى كيله لنفسه هل يصح أم لا قال وفى ظنى أنه مر فيه كلام يلتفت على اتحاد القابض والمقبض لأن الكيل أحد أركان القبض صار بكيله مقبضا وقابضا وأما الخرص ههنا فهو اخبار محض كما لو أخبر بمساواة هذه الصبرة لصبرته أوالدينار لدينار وقد تقدم أنه يصح لكن تقدم فى القبض بناء على ذلك من غير كيل أو وزن كلام وأن الراجح أنه لايكفى حتى لوتفرقا قبل الكيل بطل العقد وههنا لايتأتى قبض الرطب هنا بالتخلية الاولا يشترط فيه الكيل فظهر أن الخارص يكفى أن يكون واحدا وأنه يجوز أن يكون أحد المتعاقدين والله أعلم *

فلاحتمال انكار الموكل (وأما) فى الثانية فلاحتمال استناد اقراره بالموت الى ظن خطأ (وأصحهما) وهو المذكور فى الكتاب تقرير النصين والفرق حصول اليأس بزعمه عن عود الموت وصيرورة الحق للوارث وعدم اليأس عن انكار الموكل الوكالة وبقاء الحق له (الثانية) أن لايصدقه فلا يكلف الدفع اليه فان دفع ثم حضر الموكل وحلف على نفي الوكالة وغرم كان له أن يرجع على القابض دينا كان أو عينا لأنه لم يصرح بتصديقه وانما بنى الامر على ظاهر قوله فاذا تبين خلافه غرم ماغرم ولو أنكر الوكالة أو الحق وكان الوكيل مأذونا فى اقامة البينة أو قلنا ان الوكيل بالقبض مطلقا يملك اقامة البينة فله أن يقيم البينة و يأخذ فان لم تكن بينة فهل له التحليف ينبني على أنه اذا صدقه هل يلزمه الدفع اليه (إن قلنا) نعم فله تحليفه فلعله يصدق إذا عرضت اليمين عليه (وان قلنا) لاينبنى على أن النكول ورد اليمين كاقامة البينة من المدعى أو كالأقرار من المدعى عليه (إن قلنا) بالأول فله تحليفه طمعاً فى أن ينكل فيحلف الوكيل (وان قلنا) بالثانى فلا ولو جاء رجل وقال لمن عليه الدين أحالني عليك فلان فصدقه وقلنا إذا صدق مدعى الوكالة لايلزمه الدفع اليه فوجهان (أحدهما) أنه لايلزم أيضاً لأنه قد ينكر صاحب الحق كما ينكر صاحب الوكالة (وأصحهما) اللزوم لاعترافه بانتقال الحق اليه كالوارث و ينبني على الوجهين أنه لو كذبه ولم تكن بينة هل له تحليفه إن ألزمناه الدفع اليه له تحليفه والا فكما سبق * ولوقال مات فلان وله عندى كذا فهذا وصية فهو كما لو قال هذا وارثه ولو قال مات وقد أوصي به لهذا الرجل فهو كما لو أقر بالحوالة و إذا أوجبنا الدفع الى الوارث والوصى أو لم نوجب فدفع ثم بان أن المالك حى ثم غرم الدافع فله الرجوع على المدفوع اليه بخلاف صورة الوكالة لأنه صدقه على الوكالة وانكار صاحب الحق لايرفع بتصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله ثم جحد وهل هنا بخلافه والحوالة فى ذلك كالوكالة (وقوله) فى الكتاب ولمن عليه الحق أن لايسلم الى الوكيل المستحق له الا بالأشهاد كان الأحسن أن يقول الى من يدعى الوكالة عن المستحق ولفظ الاشهاد ههنا بعيد عما هو المراد ان أراد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يباع منه مانزع نواه بما لم ينزع نواه لان أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان حال الادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر وهل يجوز بيع مانزع نواه بعضه ببعض فيه وجهان (أحدهما) يجوز لقوله ﷺ «لاتبيعوا التمر بالتمر الاسواء بسواء» (والثانى) لايجوز لأنه يتجافى فى المكيال فلا يتحقق فيه التساوى ولانه يجهل تساويهما فى حال الكمال والادخارفأشبه بيع التمر بالتمر جزافا ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعى فى مختصر المزنى وغيره كما قدمته فى الفصل الذى جمعت فيه الاحاديث الواردة فى تحريم ربا الفصل فليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف بكماله قطعة منه بل لفظه «لاتبيعوا الذهب بالذهب ولاالورق بالورق ولاالبر بالبر ولا الشعير بالشعير ولاالتمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء» فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك

به البينة لأن المفهوم من الاشهاد مااستعمل اللفظ له فى المسائل قبل هذا الفصل ويمكن أن يراد اشهاد الوكيل على الموكل (قوله) وان اعترف معلم — بالواو — لما نقلناه من طريقة القولين والحالان عند أبى حنيفة يجب دفع الدين الى من أقر بوكالته ولايجب دفع العين وفرق بينهما بانه فى الدين أقر بثبوت المطالبة المدعى الوكالة فى ماله وفى العين يقر بمال الغير فلا يلتفت اليه وبالزاى لأن أبا اسحق الشيرازى وغيره حكوا عن المزني أنه يلزمه تسليم الحق اليه ولم يفرقوا بين الدين والعين (وقوله) فى مسألة الوارث لزمه التسليم معلم — بالواو — لما مر *

قال ﴿ ولو ادعى علي الوكيل قبض الثمن فجحد فاقيم عليه بينة بالقبض فادعى تلفاًأو رداًقبل الجحود للقبض لم يقبل قوله لأنه خائن ولا بينته (و) لأنه لاتسمع دعواه * ولو ادعى بعد الجحود رداًسمع الدعوى (و) ولا يصدق لانه خائن * ولكن تسمع البينة * ولو ادعي التلف صادق ليبرأ من العين ولكنه خائن فيلزمه الضمان ﴾ *

اذا ادعى على انسان أنه دفع اليه متاعا ليبيعه ويقبض ثمنه وطالبه برده أو قال بعته وقبضت الثمن فسلمه الى فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى بينة على مادعاه فادعى المدعى عليه أنه كان قد تلف أو رده فينظر فى صيغة جحوده ان قال مالك عندى شيء أو لايلزمنى تسليم شيء اليك قبل قوله فى الردوالتلف لأنه اذا كان قد تلف أو رده كان صادقا فى انكاره ولم يكن بين كلاميه تناقض وان أقام عليه بينة سمعت بينة وان كان صيغة جحوده أنك ماوكلتنى أومادفعت الى شيئا أو ماقبضت الثمن وهذه صورة مسألة الكتاب فينظر ان ادعى التلف أو الرد قبل أن يجحد لم يصدق لأنه مناقض

جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى لاسيما في مثل هذ الموضع الذي يقصد به الاستدلال دون الرواية فانه يغتفر ذلك * (أما) حكم المسألة فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين وجعل الوجهين مطلقا سواء أباع مانزع منه النوى بما لم ينزع منه أم بمثله كذلك فيما علقه البندنيجى عنه وفيما علقه سليم حكي الوجهين فى المسألة الاولى وسكت عن الثانية و يعلم جريانهما فيها بطريق والمحاملي ونصر المقدسى حكيا الوجهين فى المسألتين أيضا وجزم البغوى فى المسألتين بالمنع وكذلك الامام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجها فى المنزوع بالمنزوع فاستبعده جدا قال ثم جاءوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافا فى بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوي وهذا ساقط لايحتفل بمثله قال الفارقى تلميذ المصنف رحمه الله معني قوله يتفاضلان حال الادخار أنهما قبل نزع النوى اذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنتفش أجزاؤه بالنزع وتتجافى فى المكيال *

لقوله الأول ولزمه الضمان وان أقام بينة على مادعاه فوجهان (أولاهما) أنها تسمع لأنه لو صدقه المدعى لسقط عنه الضمان فكذلك اذا قامت الحجة عليه وأيضا فلما يذكر فى الوديعة (والثانى) وهو الأظهر عند الأمام وهو الذى أورده فى الكتاب أنها لاتسمع لأن جحوده الأول كذب هذه البينة وعلل فى الكتاب عدم سماع البينة بعدم سماع الدعوى ونجيء فيه نحو الأمام فانه قال كل بينة تقام فان قيامها يستدعى دعوى من يقيمها فان فسدت الدعوى استقلت البينة وهى غير مسموعة من غير دعوى لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى اذ الدعوي قد تسمع بمجرد تحليف الخصم لما سبق فى باب الرهن وقبله وان ادعى الرد بعد الجحود لم يصدقه لصيرورته خائنا لكن لو أقام بينة فالمشهور فى هذا الباب أنها تسمع ورأى الأمام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البينة على الوجهين السابقين لتناقض دعوى الرد والجحود وهو حسن موافق لما ذكرناه فى باب الوديعة وان ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتنقطع عنه المطالبة بردالعين ولكن يلزمه الضمان لخيانته وهذا كما اذا ادعى الغاصب التلف *

﴿ فرع ﴾ لو قال بع هذا ثم هذا لزمه رعاية الترتيب قاله القفال ولو جعل للوكيل بالبيع جعلا فباع استحقه وان تلف الثمن فى يده لأن استحقاقه بالعمل وقد عمل واذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذى خان به بأن يقول بعت بعشرة وما دفعت الى الا خمسة واذا وكل بقبض دين أو استرداد وديعة فقال المديون أو المودع دفعت وصدقه الموكل والوكيل منكر هل يغرم الدافع بترك الأشهاد فيه وجهان كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الاشهاد ومن قال أنا وكيل فى بيع أو نكاح وصدقه من يعامله صح العقد فلو قال الوكيل بعد العقد لم أكن مأذونا فيه لم يلتفت

(فرع) المشمش والخوخ ونحوها لا يبطل كما لا نزع النوى فى اصح الوجهين لأن الغالب فى تجفيفها نزع النوى قاله الرافعى وصاحب التهذيب وكلام الفورانى يقتضى أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المنزوع النوى بعضه ببعض فانه قاس المنع فى ذلك على الثمرة ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب ان جوزنا فى الثمر المنزوع النوى فهذا أولى والا فوجهان وكذلك أورده يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى عصرون فيما جمع من المسائل والفرق بما ذكره الرافعى وفرق فى الابانة بأن الثمر

الى قوله ولم يحكم ببطلان العقد وكذا لو صدقه المشترى بحق من يوكل عنه الا أن يقيم المشترى بينة على اقراره بانه لم يكن مأذونا من جهته فى ذلك التصرف والله أعلم *

كتاب الاقرار * وفيه أربعة أبواب

(الباب الأول فى أركانه)

وهى أربعة (الركن الاول) المقر وهو ينقسم إلى مطلق ومحجور * فالمطلق ينفذ إقراره بكل ما يقدر على انشائه * والمحجور عليه سبعة أشخاص * الصبى واقراره مسلوب مطلقاً * نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام فى وقت إمكانه يصدق اذلا يمكن معرفته الا من جهته * ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة * والمجنون وهو مسلوب القول مطلقاً * والسكران وهو ملتحق بالمجنون أو الصاحي فيه خلاف مشهور والمبذر والمفلس وقد ذكرنا حكمها) *

الاقرار أصله الاثبات من قولك قر الشيء يقر وقررته اذا أقر به القرار ولم يسم ما يسوغ فيه اقراراً من حيث إنه افتتاح اثبات ولكن لأنه اخبار عن ثبوت ووجوب سابق والأصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم) قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقراره وعن رسول الله ﷺ أنه قال « قولوا الحق ولو على أنفسكم »[1] ولا شك أن في الاقرار

كتاب الاقرار

(١) (حديث) قولوا الحق ولو على أنفسكم رويناه فى جزء من حديث أبى على بن شاذان عن أبى عمرو بن السماك من حديث على بن الحسين بن على عن جده على بن أبى طالب قال ضممت الى سلاح النبى صلى الله عليه وسلم فوجدت فى قائم سيفه رقعة فيها صل من قطعك وأحسن إلى من أساء إليك وقل الحق ولو على نفسك قال ابن الرفعة فى المطلب ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يتقوى بالآية وفيما قال نظر لأن فى اسناده الحسين بن زيد بن على وقد ضعفه ابن المدينى وغيره وروى أحمد والطبرانى وابن حبان فى صحيحه من حديث عبد الله بن الصامت عن أبى ذر قال أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم بخصال من الخير فذكرها وفيها وأوصانى أن أقول الحق وإن كان مرا *

إذا نزع نواه تسارع اليه الفساد وذكر الامام أن شيخه ذكر عن بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في اشتراط نزع النوى كما يشترط نزع العظم عن اللحم في ظاهر المذهب وقال إنه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الامام إن المراتب ثلاثة التمر نزع نواه يمنع بيعه واللحم في ظاهر المذهب يتعين نزع عظمه إذا حاولنا بيع بعضه ببعض وبينهما المشمش وما في معناه فيجوز بيع بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور (قلت) فتحصلنا في المشمش ونحوه على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يشترط نزع النوى (الثاني) أنه يفسد بنزع النوى (والثالث) وهو الصحيح أنه يجوز بيع بعضه ببعض في الحالتين مع النوى ومن غير نوى قال الروياني إن الجواز قول القفال وقد تقدم في كلام الرافعي أنه الأصح * ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز وفيه وجه جزم به القاضي حسين في التعليق أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في التتمة قاله الرافعي وهو يروى قولا واحداً قديماً وجديداً للتقدير والطعم قاله الامام وقد تقدم أنه ويجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب وكذلك اللوز * قال المصنف رحمه الله *

﴿ ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه لان النار تعقد أجزاءه وتسخنه فان بيع كيلا لم يجز لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار وان بيع وزنا لم يجز لان أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزناً ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لان النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ فيه مسألتان (إحداهما) أن ماحرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيه بمطبوخه

مقراً ومقراً به وصيغة تترتب عليها المؤاخذة وهذه الأمور سماها في الكتاب أركاناً له ثم المقر به قد يكون مالاً وقد يكون غيره وعلى التقديرين فاما أن يعقب الاقرار بما يرفعه أو لا يعقب واذا لم يكن المقر به مالاً قد يكون عقوبة من قصاص أو حد وقد يكون نسباً أو غيره فجعل أبواب الكتاب أربعة (الاول) في الاركان (والثاني) في الاقارير المجملة (والثالث) في تعقب الاقرار بما يرفعه (والرابع) في الاقرار بالنسب وأما ماعدا النسب مما يقع في قسم ماعدا المال فلم يورده قدماء الاصحاب في هذا الباب فنجري على أمثالهم (الركن الاول) من الباب الاول المقر وهو إما مطلق أو محجور أما المطلق وهو المنفك عن أنواع الحجر فاقراره صحيح (وقوله) ينفذ اقراره بكل ما تقرر على اسبابه كالدخيل في هذا الركن فان الكلام فيه في المقر وهذا لا يضبط المقر به والضبط ما ينفذ اقرار المقر فيه على أنه يحتاج الى استثناء صور أقربها بناء على أن الوكيل اذا قال تصرفت كما أذنت لي فقال الموكل لم تتصرف لم يقبل قول الوكيل على أحد القولين مع قدرته على الانشاء وكذا لو قال استوفيت ما أمرتني باستيفائه ونازعه الموكل (ومنها) أن انشاء نكاح البنت الى وليها فاقراره غير مقبول ويمكن أن يزاد فيه فيقال ينفذ اقرار

قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر والأم لايجوز من الجنس الواحد مطبوخاً بنيء منه بحال قال في المختصر اذا كان انما يدخر مطبوخا وقال في الأم لانه اذا كان إنما يدخر مطبوخا فأعطيت منه نيئاً بمطبوخ فالنيء إذا طبخ ينقص فيدخل فيه النقصان في النيء ومن أمثلة ذلك أن يبيع العنب أو العصير بالدبس المتخذ منه وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لايجوز قاله الصيمري والقاضي حسين واتفق الأصحاب على أن النيء أو القديد بالمطبوخ أو بالمشوى لايجوز ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أوما لايدخر (وأما) قوله في المختصر اذا كان انما يدخر مطبوخا قال القاضي حسين إنه خطأ في النقل بل لايختلف الحكم فيه وقال القاضي الروياني قيل عبارة الشافعي ولايجوز من الجنس الواحد مطبوخا منه بنيء بحال ولا مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخا فنقل المزني هذا وقدم بعض كلام واخر بعضه وعطف على المسالة الأولى وقيل معني مانقل المزني وان كان انما يدخر مطبوخا وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بعذر (قلت) وقد علمت أن مانقله المزني موجود مثله في الأم في تعليل الشافعي فالوجه تأويل ذلك

الانسان في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بأسبابها أو يقال ما يقدر على أسبابه ويؤاخذ المقر بموجب الاقرار به ولا يلزم نفوذه في حق الغير فتخرج المسائل (وأما) المحجور فقد ذكرنا في كتاب الحجر أقسامه فمنها حجر الصبي وأقاريره لاغية خلافاً لابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال ان كان مميزاً مأذوناً من جهة الولي صح اقراره كتصرفاته ولنا قول في صحة تدبيره ووصيته فعلى ذلك القول يصح اقراره بهما ولو ادعي أنه بلغ بالاحتلام أو ادعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت امكانها وقد سبق بيانه صدقا وان فرض ذلك في خصومة لم يحلفها لأنه لايعرف ذلك الا من جهتهما فأشبه ما اذا علق العتق على مشيئة الغير فقال شئت يصدق من غير يمين وأيضاً فانهما ان صدقا فلا تحليف وان كذبا فكيف يحلفان واعتقاد المكذب أنهما صغيران وقرب الامام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية فان في تحليفه تصديق الصبي و بتصديق الصبي لايحلف فاذاً لوحلف لما حلف هذا مانقله صاحب الكتاب وشيخه وبه قال أبو زيد وعلى هذا فاذا بلغ مبلغاً تيقن بلوغه قال الامام رحمه الله تعالى انه لايحلف أيضاً على أنه كان بالغاً حينئذ لانا اذا حكمنا بموجب قوله فقد أنهينا الخصومة نهايتها فلا عود الى تحليفه وفي التهذيب وغيره أنه اذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة وذكر أنه احتلم حلف واخذ السهم فان لم يحلف فوجهان عن صاحب التلخيص تخريجاً انه لايعطى وقال غيره يعطى لان الظاهر استحقاقه بحضور الواقعة ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لامكانها نعم لو كان غريباً خامل الذكر فيلحق بدعوى الاحتلام أو يطالب بالبينة لامكانها من حيث المدعى وينظر في الاثبات لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار فيه ثلاثة احتمالات للامام رحمه الله تعالى (والظاهر) الثاني لانه اذا أمكن

وعدم حمله على الخطأ من المزني وتأويله عسر بل هو قوى الدلالة على أن مايدخر فى حال كونه نيئاً وفى حال كونه مطبوخا يجوز بيع النيء منه بالمطبوخ والتأويل الذى نقله الرويانى هو أقرب ما يتمحل مع تكلف وقال أبو حنيفة رضى الله عنه بجواز ذلك على أصله فى بيع الرطب بالتمر ولذلك والله أعلم عدل المصنف عن قياسه على الرطب بالتمر لان الخصم يمنع الحكم فيه الى ماذكره والشيخ أبو حامد قاسه على الحنطة بدقيقها والجامع أنهما على صفة يتفاضلا حالة الادخار ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بخل العنب وهو ممتنع قال وحكى فى التتمة والبحر وجه أنه يجوز بيع الدبس بالخل لانهما اختلفا فى الاسم والصورة والطبع قال المتولى وعلى هذا لاتعتبر المماثلة بينهما وهذا الذى حكيناه موافق للوجه الذي سيأتى عن حكاية الشيخ أبي محمد فى أن عصير العنب وخله جنسان ومال اليه الامام هناك وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) بيع مطبوخه بمطبوخه وقد نص عليه الشافعى أيضاً فى المختصر قال تلو الكلام المتقدم ولا مطبوخا منه بمطبوخ لان النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض وليس له غاية ينتهى اليها كما يكون للتمر فى اليبس غاية ينتهى اليها وقال معني

اقامة البينة كلف اقامتها ولم ينظر الى حال المدعى وعجزه هذا فقه المسألة ولفظ الكتاب يشعر بأنه عد دعوى الاحتلام اقراراً فان قوله نعم لوادعي أنه بلغ بالاحتلام اقراراً كالاستدراك لقوله قبله واقراره مسلوب مطلقاً لكن عدها اقرار بعيد فان المفهوم من الاقرار الاخبار عن ثبوت حق عليه للغير ونفس البلوغ ليس كذلك ولهذا يطالب مدعى البلوغ بالسن بالبينة واختلفوا فى تحليف مدعي البلوغ بالاحتلام والمقر لايكلف البينة ولا اليمين نعم لو قال أنا بالغ فقد اعترف بثبوت الحقوق المنوطة بالبلوغ فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للاقرار لا أن نفسه إقرار و بتقدير كونه إقراراً فليس ذلك كاقرار الصبي بأنه إذا قال أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله فلا يكون إقراره إقرار الصبي حتى يحتاج الى الاستدراك (ومنها) حجر المجنون وهو مسلوب القول أيضا بلا استثناء والسكران بين الصاحي والمجنون فبأيهما يلحق فى إقراره وتصرفاته فيه طرق للأصحاب تبسط فى كتاب الطلاق (ومنها) حجر المبذر و المفلس وقد بينا حكم إقرارهما فى بابيهما و يقبل اقرار المفلس المحجور عليه فى النكاح دون السفيه المحجور اعتباراً للاقرار بالأنشاء قال الامام رحمه الله تعالى واقرار السفيهة بأنها منكوحة فلان كاقرار الرشيدة اذ لا أثر للسفه فى النكاح من جانب المرأة (قال) وفيه احتمال من جهة ضعف قولها وخبل عقلها والعلم عند الله *

قال ﴿ والرقيق واقراره مقبول بما يوجب عليه عقوبة * ولو أقر بسرقة مال ووجب عليه القطع ففى قبوله فى وجوب المال قولان * ولو أقر باتلاف مال وكذبه السيد لم يتعلق برقبته بل يطالب به بعد العتق * ولو كان مأذونا فأقر بدين معاملة قبل وأدى من كسبه * ولو لم يستند الى معاملة بل

ذلك في الأم في باب مايجامع التمر وما يخالفه مقصوده بذلك الفرق بين ذلك و بين التمر حيث يجوز بيع بعضه ببعض وان كانت الشمس قد أخذت من أحدهما ومنهما فربما يكون أخذها من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر لكن له غاية في اليبس ينتهي اليها والمطبوخ بخلافه وذكر الاصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ و بين التمر فان التمر قبل أن يصير تمراً لايجوز بيع بعضه ببعض والرب أو الدبس مثلا يجوز بيعه قبل هذه الحالة في كونه عصيراً فجرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب فلا يجوز الدبس بالدبس قال القاضي حسين وان طبخا في قدر واحد وممن جزم بهاتين المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والقاضي حسين وآخرون وفي معنى الدبس عصير قصب السكر اذا عقد وصار عسلا وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح ‌*

﴿ فرع ﴾ قال ابن أبي الدم بيع الطلى بالدبس لايجوز والطلاء أرق من الدبس و بيع الطلى

أطلق ففي القبول خلاف ‌* ولو أقر بعد الحجر بدين أسنده الى حال الاذن فالظاهر رده لأنه في الحال عاجز عن انشائه ﴾ ‌*

أحد المحجورين الرقيق واذا أقر اما أن يقر بما يوجب عليه عقوبة أو بغيره (اما) القسم الأول كالاقرار بالزنا وشرب الخمر والسرقة والقذف وما يوجب القصاص في النفس والطرف فذلك مقبول ويقام عليه موجب ما أقر به خلافا لأحمد والمزني حيث قالا لايقبل اقراره على نفسه بالعقوبات لأنه ملك السيد والاقرار في ملك الغير لايقبل و يروى عن احمد أنه لايقبل اقراره بما يوجب القتل ويقبل بما يوجب سائر العقوبات ‌* لنا ماروى(١) أن عليا رضي الله عنه قطع عبداً باقراره وأيضا فانه لو ظهر الحال بالبينة لأقيمت عليه العقوبات فاذا ظهر بالاقرار كان أولى لأنه أبعد عن التهمة فان كل نفس مجبولة على حب الحياة والاحتراز عن الألم واذا أقر بسرقة توجب القطع قبل في القطع وفي قبوله في المال قولان اذا كان المقر بسرقته تالفا (أحدهما) أنه يقبل ويتعلق الضمان برقبته لأن اقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه (وأصحهما) أنه لايقبل كما لو أقر بمال و يتعلق الضمان بذمته اما أن يصدقه السيد فيقبل وان كان المقر بسرقته باقيا نظر ان كان في يد السيد لم ينزع من يده الا بتصديقه كما لو أقر حر بسرقته ودفعه اليه وان كان في يد العبد فطريقان عن ابن سريج أن في انتزاعه القولين في التالف (فان قلنا) لاتنزع ثبت بدله في ذمته ويروى هذا عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى و يروى عنهما أنه لايوجب القطع أيضا والحالة هذه ومن الأصحاب من قطع بنفي القبول في المال كما لو كان في يد السيد لأن يده يد السيد ويخالف مالو كان تالفا

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أن علياً قطع عبداً باقراره ينظر فيه ‌*

بمثله فيه وجهان و بيع الخل بالدبس فيه وجهان و بيع العصير بالخل ولاماء فيهما فيه وجهان قال الماوردي ولا يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنيء ولا بالمطبوخ ويجوز بيعه بالمشوي والنيء والمطبوخ وكذلك لايجوز بيع المشوي بالمشوي ولا المطبوخ بالمشوي وممن صرح به القاضي أبو الطيب و (١) والرافعي وجزموا به ولايجوز بيع الناطف بالناطف ولا الحنطة المقلية بالحنطة المقلية ولا بغير المقلية لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات في اليابس بالنار وكذلك لايجوز الحنطة المطبوخة بالمطبوخة والمشوية بالمشوية والمقلية بالمبلولة والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فانه يمتنع لكنه ليس على مسائل هذا الفصل وقد تقدم في بيع الرطب بالرطب صرح بجميع الامثلة القاضي حسين وغيره وأكثر مسائل هذا الفصل لاخلاف فيها على مايقتضيه اطلاق أكثر الاصحاب الا الدبس ففيه ثلاثة أوجه (احدها) وهو المشهور الذي ادعى الامام اتفاق الاصحاب عليه أنه لايجوز مطلقا وان طبخا في قدر واحد على ماصرح به القاضي حسين (والثاني) حكاه القاضي حسين أنه ان طبخا في قدر واحد جاز وأبطله القاضي بان مافي أسفل القدر أسخن مما في أعلاه لكثرة

(١) بياض بالاصل

لأن غاية مافي الباب فوات رقبته على السيد اذا بيع في الضمان والأعيان التي تفوت عليه لو قبلنا اقراره منها لاينضبط فيعظم ضرر السيد ومنهم من عكس وقال ان كان المال باقيا في يد العبد قبل اقراره بناء على ظاهر اليد وان كان تالفا لم يقبل لان الضمان حينئذ يتعلق بالرقبة وهو محكوم بها للسيد واذا اختصرت قلت في قبول اقراره بالمال أربعة أقوال يقبل مطلقا لايقبل مطلقا يقبل اذا كان المال باقيا يقبل اذا كان المال تالفا وقد أوردها صاحب الكتاب مجموعة هكذا في السرقة واقتصر ههنا على القولين الأولين * ولو أقر ثم رجع عن الاقرار كان كما لو أقر بسرقة لاتوجب القطع ولو أقر بالقصاص على نفسه فعفى المستحق على مال أو عفى مطلقا وقلنا انه يوجب المال فوجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه يتعلق برقبته وان كذبه السيد لأنه انما أقر بالعقوبة والمال يوخذ بالعفو ولاينظر احتمال أنه واطأه المستحق على أن يقر ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد لأن هذه التهمة ضعيفة إذ المستحق ربما يموت أو لايفي فيكون المقر مخاطراً بنفسه (والثاني) أن الجواب هكذا ان قلنا موجب العمد القصاص (أما) اذا قلنا موجبه أحد الأمرين ففي ثبوت المال قولان بناء على الخلاف في ثبوت المال اذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع وينسب هذا الى صاحب الافصاح (وأما القسم الثاني) فاذا أقر بدين خيانة من جهة غصب أو سرقة لاتوجب القطع أو اتلاف فصدقه السيد تعلق برقبته كما لو قامت عليه بينة فيباع فيه الا أن يختار السيد الفداء واذا بيع فيه و بقي شيء من الدين فهل يتبع به اذا عتق فيه قولان مذكوران في الجنايات وان كذبه السيد لم يتعلق برقبته ولكن يتعلق بذمته يتبع به اذا عتق ولا يخرج على الخلاف فيما اذا بيع في الدين و بقي شيء لانه اذا ثبت التعلق

مماسة النار (والوجه الثالث) حكاه الرافعي الجواز وكلامه يقتضي أنه مطلقا لامكان ادخاره والذي عليه التعويل في تعليل المنع مطلقا ان العصير كامل واذا نظرنا الى مقدار من الدبس مقابله مثله فلا يدري كم في أحدهما من أجزاء العصير وكم في الدبس منه فكان كالدقيق بالدقيق نظرا الى توقع تفاوت في كمال سبق للحب قال ولو قيل قد يخالف مكيال من الدبس مكيلا في الوزن لتفاوت في التعقيد لكان كذلك لكن لا معول عليه فان المعقد يباع وزنا بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كمال العصير لأمكان ادخاره ولتأثير مأخذ بعض العصير ليصير دبسا وقدر المأخوذ يختلف ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها وبالنيئة والزيت المغلى بمثله وبالني كل ذلك لايجوز *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض فمنهم من قال لايجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يعلم تساويهما ومنهم من قال يجوز وهو المذهب لان نار التصفية نار لينة لاتعقد الأجزاء

في الذمة فكان الحق الحصر فيها وتعينت محلا للاداء وفي النهاية أن القياسيين خرجوه على ذلك الخلاف وقالوا الفاضل عن قدر الدين غير متعلق بالرقبة كما أن أصل الحق غير متعلق بها ههنا * ولو أقر بدين معاملة نظر ان لم يكن مأذونا له في التجارة فلا يقبل اقراره على السيد ويتعلق المقر به بذمته يتبع به اذا عتق ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد أو يكذبه وان كان مأذونا له في التجارة قبل وأدى من كسبه وما في يده الا اذا كان مما لايتعلق بالتجارة كالقرض فلو أطلق المأذون الاقرار بالدين ولم يبين جهته وينزل على جهة دين المعاملة أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الاتلاف فيه وجهان (وأظهرهما) الثاني ولا فرق في دين الاتلاف بين المأذون وغيره ولو أقر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة أسنده الى حال الاذن ففيه وجهان مبنيان على القولين فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجر هل يقبل في مزاحمته الغرماء (والاظهر) ههنا المنع لعجزه عن الانشاء في الحال وتمكن التهمة * واذا عرفت ما ذكرناه لم تخف عليك المواضع التي ينبغي أن تعلم بعلامات الاختلاف ورأى الامام رحمه تعالى أن يخرج وجوب القطع في مسألة الاقرار بالسرقة اذا لم نقبله في المال على الخلاف فيما اذا أقر الحر بسرقة مال زيد هل يقطع قبل مراجعة زيد وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر وعلى هذا يجوز اعلام قوله ووجب عليه القطع — بالواو — *

﴿ فرع ﴾ قال في التتمة من نصفه حر ونصفه رقيق إذا أقر بدين جناية لم يقبل فيما يتعلق بالسيد إلا أن يصدقه ويقبل في نصفه وعليه قضاؤه مما في يده وان أقر بدين معاملة فمتى صححنا تصرفه قبلنا اقراره عليه وقضيناه مما في يده ومتى لم نصححه فاقراره كاقرار العبد *

وانما تميزه من الشمع فصار كالعسل المصفى بالشمس ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ العسل اذا أطلقه فالمراد به عسل النحل لاغير فكل مايتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلا ومتفاضلا قال ابن سيده العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث الواحدة عسلة وجمعه اعسال وعسل وعسول وعسلان اذا أردت أنواعه قال الشافعي رحمه الله في المختصر تلو الكلام السابق ولا يباع عسل نحل بعسل نحل الا مصفيين من الشمع لأنهما لو بيعا وزنا وفى أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم وكذلك لو بيعا كيلا وكذلك ذكر فى الأم وقال وكذلك لو باعه وفى كل واحد منهما شمع وقال الشافعى فى الأم فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ماسواه من الحلو وقال فلا بأس بالعسل بعصير قصب السكر لأنه لايسمى عسلا الا علي ماوصفت يعنى من جهة كونه حلوا كالعسل وكذلك قال الشيخ أبو حامد فى عسل الطبرزد وقال وهومايبقى من السكر ثخينا كالعكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا وقال القاضى أبوالطيب

﴿ فرع ﴾ اقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود وبدين الجناية مقبول الا أنه اذا بيع منه شيء وبقى شيء لم يتبع به بعد العتق الا أن نصدقه وكذا اقراره بدين المعاملة لايقبل على العبد *

قال ﴿ والمريض وهو غير محجور عليه عن الاقرار فى حق الأجانب * وفي حق الوارث أيضاً على الصحيح * وقيل فيه قولان * ولو أقر بانه كان وهب من الوارث فى الصحة فالظاهر أنه لايقبل لعجزه عن الانشاء فى الحال * ولو أقر بدين مستغرق فمات وأقر وارثه عليه بدين مستغرق فيتزاحمان أو يقدم اقرار المورث لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر فيه قولان * ولو أقر بعين ماله في المرض لشخص ثم أقر بدين مستغرق سلم العين للأول ولا شيء للثانى لأنه مات مفلساً * وان أخر الاقرار بالعين فكمثل * وفيه وجه آخر أنه اذا تأخر يتزاحمان ﴾ *

ومن المحجورين المريض مرض الموت وفى اقراره مسألتان (احداهما) يصح اقراره بالنكاح بموجبات العقوبات وكذا لو أقر بدين أو عين لأجنبي وفى اقراره للوارث طريقان (أحدهما) أنه على القولين (أحدهما) أنه لايقبل وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله لأنه موضع التهمة لقصد حرمان بعض الورثة فاشبه الوصية للوارث (وأصحهما) القبول كما لو أقر فى حال الصحة والظاهر أنه لايقر الا عن حقيقة ولا يقصد حرمانا فانه انتهى الى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر (والثانى) القطع بالقبول وحمل قول الشافعي رضي الله عنه فيمن أجاز الاقرارلوارث اجازه ومن أبي رده على حكاية مذهب الغير وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب والأكثرون رجعوا

عسل

عسل الطبرزد ان يطبخ السكر ثم يطرح فى اجانة فاذا جمد أميلت الأجانة على جانبها فخرج منها العسل فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ولا يجوز بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلا لأنهما جنس واحد وهل يجوز متماثلافيه وجهان لأجل الطبخ كما فى السكر بالسكر حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره ووجه الجواز أن ناره خفيفة وحمل القول في بيع العسل النحل بعضه ببعض انه اما أن يباع بشمعه أولا فان بيع بشمعه فلايجوز بمثله ولا بالصافي وقد تقدم ذلك فى قاعدة مدعجوة ونقدم الفرق بينه و بين اللحم وفيه العظم و بين التمر وفيه النوى من وجهين أن بقاء ذلك من مصلحته بخلاف الشمع (والثانى) أن الشمع له قيمة وان بيع العسل المصفى بمثله فاما أن تكون التصفية بالشمس أو بالنار فان صفى بالشمس فان ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم ولا خلاف فى ذلك وان صفى بالنار فاما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه و ينعقد بها وإما أن تكون خفيفة بحيث يحميه بها و يصفيه من غير كثرة فان كانت كثيرة أوترك حتى انعقدت

طريقة القولين ونقلوا عن الاملاء نصه علي المنع وفى تعليق الشيخ أبي حامد أنه رجع اليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول وقال مالك رحمه الله ان كان المقر منهما لم يقبل اقراره والا قبل و يجتهد الحاكم فيه واختاره القاضى الروياني لفساد الزمان •

﴿ التفريع ﴾ ان قلنا لايقبل فالاعتبار فى كونه وارثا بحال الموت أم بحال الاقرار قيل فيه وجهان وقيل قولان (الجديد) أن الاعتبار بحال الموت كما فى الوصية وهذا لان المنع من القبول كونه وارثا والوراثة تتعلق بحالة الموت و بهذا قال أبو حامد (والقديم) و به قال مالك رحمه الله الاعتبار بحال الاقرار لان التهمة حينئذ تمكن (والاول) أظهر فى المذهب وأشهر (و بالثانى) قال أبو اسحق واختاره القاضى الروياني فعلى الاول لو أقر لزوجته ثم أبانها أو لاخته ثم ولد له ابن صح الاقرار ولو أقر لاجنبية ثم نكحها أو لاخته وله ابن فمات لايصح وعلي الثانى الحكم فيهما بالعكس ولو أقر فى المرض انه كان قد وهب من وارثه وأقبض فى الصحة أشار الامام رحمه الله الى طريقين (أحدهما) القطع بالمنع لذكره ماهو عاجز عن انشائه فى الحال (والثانى) أنه على القولين فى الاقرار للوارث ورجح صاحب الكتاب ههنا عدم القبول واختار القاضى الحسين القبول لانه قد يكون صادقا فيه فليكن ذلك له طريق الى ايصال الحق الى المستحق ولو أقر لوارثه ولاجنبي معاهل يصح فى نصفه للاجنبي اذا لم يقبل فيه قولان لابن سريج الظاهر الصحة (المسألة الثانية) أقر فى صحته بدين لانسان وفى مرضه بدين لآخر فهما سواء كما لو ثبتا بالبينة وكما اذا أقر بهما فى الصحة أو المرض وقال أبو حنيفة رحمه الله يقدم ماأقر به فى الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء فلا شيء له ولو أقر فى صحته أو مرضه بدين ثم مات

أجزاؤه ونحن لم يجز بيع بعضه ببعض كما تقدم في الدبس والزيت وشبههما وان كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ماذاب قبل أن تنعقد أجزاؤه جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي والجرجاني بالجوازهذه طريقة الشيخ أبي حامد وتبعه المحاملي والجرجاني عليها وأما القاضي أبو الطيب فانه قال ان صفى بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكما وتعليلا وأطلق القول في ذلك وكذلك الماوردي والبغوي والرافعي وقال القاضي حسين ان قول المنع مخرج من قول الشافعي لايجوز السلم في العسل المصفى بالنار ورد القاضي ذلك بان السلم امتنع لانه تعيب بدخول النار فيه والسلم في المعيب لايجوز وكذلك الفوراني رد ذلك بمثل ماقال القاضي حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعي الجواز ونسبه الماوردي الى سائر أصحابنا وهو الاصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين (وقال) الروياني انه المذهب لان المقصود من عصره تميز الشمع عنه ونار التمييز لينة لاتؤثر في التعقيد فاشبه المصفى بالشمس وممن صحح الجواز ابن أبي عصرون وصاحب التتمة وهو الذى يقتضيه كلام الفوراني فانه أطلق الجواز ثم ذكر

فاقر وارثه عليه بدين آخر فوجهان (أحدهما) أنهما سواء يتضاربان في التركة كما لو ثبت الدينان بالبينة وكما لو أقر بهما في حياته فان الوارث خليفته واقراره كاقراره (والثاني) أنه يقدم مايقر به المورث لانه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرف التركة عنه والوجهان جاريان فيما لو أقر لوارث بدين عليه ثم أقر لآخر بدين آخر عليه وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس اذا أقر بدين أسنده الى ماقبل الحجر هل يقبل اقراره في زحمة الغرماء فيه قولان والتركة كالمحجور عليه من حيث ان الورثة ممنوعون من التصرف فيها وهذا معنى قوله في الكتاب لوقوع اقرار الوارث بعد الحجر واطلاقه القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور فانهم جعلوها وجهين ويمكن تنزيلهما على أنهما مخرجان من مسألة الفلس (وقوله) في تصوير المسألة بدين مستغرق غير محتاج اليه بل الخلاف ثابت فيما اذا زادت التركة على قدر الدين الاول ففي وجه يوزع عليهما وفي وجه يوفى الاول بتمامه ويصرف الفاضل الى الثاني ولو ثبت عليه دين في حياته بالبينة ثم مات فاقر وارثه عليه بدين جرى الخلاف أيضاً فاذن ليس من الشرط أن يكون ثبوت الدين الاول بالاقرار وماله الاظهر من الخلاف أشار بعضهم الى ترجيح وجه التقديم وقال في التهذيب التسوية أصح وهو موافق لما مر في مسألة المفلس وان ثبت عليه دين في حياته أو موته ثم تردت بهيمة في بئر كان قد احتفرها في محل عدوان ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ماسبق فيما اذا جني المفلس بعد الحجر عليه قاله في التتمة واذا مات وخلف الف درهم فجاء وادعي أنه أوصى له بثلث ماله فصدقه الوارث ثم جاء آخر وادعي عليه الف درهم دينا فصدقه الوارث قيل يصرف الثلث الى الوصية لتقدمها وقيل يخرج على قولنا بأن اقرارى

عن بعض الاصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار ومنع فى المصفى بالنارقال وهذا ليس بشىء كما رجحه الفورانى وما حكاهما الوجهان اللذان فى الكتاب ويشبه أن يكونان هذان الوجهان منزلين على ماذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أولا والله أعلم * وفرق الماوردى بين العسل والزيت المغلى حيث لايجوز بيع الزيت المغلى بعضه ببعض بأن النار دخلت فى العسل بالصلاح وتمييزه من شمعه فلم تأخذ من أجزاء العسل شيئاً وكذلك السمن وانما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه قال حتى لوان العسل المصفى أغلي بالنار لم يجز بيع بعضه ببعض لان النار اذن لم تميزه من غيره و(اعلم) أن المصنف تكلم أولا فى المعروض على النار عرض عقد وطبخ كاللحم والدبس وما أشبه ذلك وقد تقدم شرحه وهذا القسم فى المعروض على النار للتمييز والتصفية وذكر من أمثلة ذلك ماهو مختلف فيه وهو العسل الذى عناب سرحه والسكر وسيأتى وقد يكون منه مالاخلاف فيه فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش ولا خلاف فى جواز بيع بعضها ببعض وقال ابن الرفعة الذهب والفضة اذا دخلا النار لايمتنع بيع بعضهما ببعض لانها لاتؤثر فى جزمهما نعم لوخالطهما غش فادخلا النار لتخلصه فقد يقال بامتناع بيع البعض بالبعض لأنها قد تؤثر فى اخراجه فى أحدها أكثر مما تؤثر فى الآخر وقد يقال بانه يجوز

الوارث والموروث يتساويان ولوصدق مدعى الدين أولا صرف المال اليه على قياس الوجهين جميعاً ولو صدق المدعيين معاً فالحكاية عن الأكثر أنه يقسم الألف بينهما أرباعا لأنا نحتاج إلى الألف للدين وإلى ثلث الألف للوصية فيتزاحم على الألف وثلث الألف فيخص الوصية بثلث عائل وهو الربع وعن الصيدلانى أنه تسقط الوصية ويقدم الدين كما لو ثبتا بالبينة وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الاقرارين الأول منهما أو سوينا بينهما ولو أقر المريض بعين ماله لانسان ثم أقر بدين آخر مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للمقر له بها ولاشىء للثانى لأن مات المقر ولا يعرف له مال ولو أقر بالدين أولا ثم أقر بعين ماله فوجهان (أصحهما) أن الحكم كما فى الصورة الأولى لأن الاقرار بالدين لايتضمن حجراً فى العين ألا ترى أن نفذ تصرفاته فيه (والثانى) أنه وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أنهما يتزاحمان لان لاحد الاقرارين قوة السبق وللآخر الاضافة إلى العين فاستويا ولا يخفى أن التعرض للاستغراق فى المسألة اتفاق غير محتاج اليه والله أعلم * ويشترط فى المقر الاختيار فاقرار المكره على الاقرار باطل كسائر تصرفاته *

قال ﴿ الركن الثانى المقر له وله شرطان (الأول) أن يكون أهلا للاستحقاق * ولو قال لهذا الحمار على الف بطل قوله * ولو قال بسببه على الف لزمه لمالكه على تقدير الاستئجار * ولو أقر لعبد

لأن لأهل الصناعة فى ذلك خبرة لاتحرقه ولا تغلبهم النار عليها بخلافها فى السكر ونحوه (قلت) وإطلاق الاصحاب يقتضى الجواز وان لم يفصلوا هذا التفصيل بل فى تصريحهم بالعرض لتمييز الغش مايدل لما قاله من النظر والله أعلم * وتقييد المصنف المصفي بالنار وقياسه على المصفى بالشمس يدل على أن المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض والأمر كذلك بلا خلاف قال الامام فان قيل اذا صفى العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس فى تلك البلاد بالغا مبلغ النار فانا نرى شرائح اللحم تعرض على رمضاء الحجارة فتنش نشيشا على الجمر قلنا هذا فيه احتمال (والأظهر) جواز البيع وان أثر الشمس فيما أظن لايتفاوت وانما يتفاوت أثر النار لاضطرامها وقوتها و بعدها من المرجل والتعويل على تفاوت الأثر بدليل أنه لو أغلي ماعلى النار أو خل ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض فان النار لاتؤثر فى هذه الأجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الاجزاء و يبقي الباقى على استواء وقد قال ابن الرفعة فى الكفاية ذهب بعض أصحابنا الى أنه ان صفى بها يعني الشمس فى البلاد المعتدلة الحر لايجوز بيعه بما صفى بها فى البلاد الشديدة الحر قال محكى وليس بشيء *

﴿ فرع ﴾ ان منعنا بيع المصفى بالنار بمثله فلا شك أنه يمتنع بيعه بغيره من أنواع العسل وممن صرح به الجرجانى لان النار اذا عقدت اجزاء احدهما أدى الى التفاضل اما اذا قلنا بجواز

لزم الحق لمولاه * ولو قال لحمل فلانة على الف من إرث أو وصية قبل * ولو أطلق ولم يذكر الجهة فظاهر النص أنه لايقبل * وفيه قول أنه يقبل و ينزل على هذا الاحتمال * وكذلك إذا قال المسجد أو المقبرة على الف ان أضاف إلى وقف عليه قبل * وان أطلق فعلى الخلاف ﴾ *

يشترط فى المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به والا كان الكلام لغوا وهزواً وفيه ثلاثةصور (إحداها) لو قال لهذا الحمار أو لدابة فلان علي الف بطل اقراره ولو قال بسببها على الف صح ولزمه حملا على أنه جني عليها أوا كتراها وعن الشيخ أبى عاصم العبادى وجه أنه لايصح لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة ولا تتصور المعاملة معها ولو قال لعبد فلان علي أو عندى كذا صح وكان الاقرار لسيده و يخالف مسألة الدابة لانه لاتتصور المعاملة معها وتتصور مع العبد والاضافة اليه كالاضافة فى الهبة وسائر الانشاءات (وقوله) فى الكتاب ولو قال بسببه على الف لزمه لمالكه المراد مإذا قال لمالكه بسببه علي الف فاما إذا اقتصر على اللفظ المذكور فى الكتاب لم يلزم أن يكون الألف لمالك الدابة فى الحال ولكن يسأل و يحكم بموجب بيانه (الثانية) إذا قال لحمل فلانة على الف أو عندى الف فله ثلاثة أحوال(إحداها) أن يسنده إلى جهة صحيحة بان يقول ورثه من أبيه أو يقول أوصي به فلان له فيعتبر اقراره ثم ان انفصل الحمل ميتاً فلا حق له بل هو لورثة من قال انه ورثه منه أو للموصى أو ورثته ان

بيع العسل المصفى بالنار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس قال ابن الرفعة فيه نظر لان النار قد يتقارب تفاوتها و يتباعد فى الشمس تباعد ما بينه و بين الشمس (قلت) والذى يظهر الجواز لانا انما نجوزه بناء على ان النار لطيفة تميز ولا تعقد الاجزاء واذا كان كذلك فلا أثر لها فى التماثل فلا فرق بين ذلك و بين المصفى بالشمس *

﴿التفريع﴾ حيث قلنا بجواز بيع العسل بالعسل اما ان يكون مصفى بالشمس واما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر المماثلة فيه قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الصرف والعسل بالعسل كيلا بكيل ان كان يباع كيلا أو وزنا بوزن ان كان يباع وزنا وقال فى موضع آخر العسل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر فى هذا أنه موزون وعده فى الرسالة فى باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات فلذلك قال أبو الطيب انه المنصوص عليه وقد تقدم فى أول الكلام قوله فى المختصر لانهما لو بيعا وزنا إلى آخره وقال أبو اسحق لايباع إلا كيلا بكيل وقد تقدم التعرض لشيء من ذلك وقال الرافعي هو كالسمن والأمر كما قال وهما جميعاً موزونات خلافاً لابى اسحق كما تقدم وقد حمل الرويانى قول الشافعى المذكور فى الصرف على التوقف فيه قال وقيل أراد الشافعى بقوله انهما لو بيعا وزناً إذا انعقدا ببرد الهواء وغلظ لايمكن كيله فيباع حينئذ وزناً فأما إذا أمكن كيله

أسنده الى وصيته وان انفصل حياً فان انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الاقرار استحق لأنا تيقنا وجوده يومئذ وان انفصل لأكثر من أربع سنين فلا لأنا تيقنا عدمه يومئذ وان انفصل لستة أشهر أو أكثر ولما دون أربع سنين فان كانت مستفرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العلوق بعد الاقرار والأصل عدم الاستحقاق وعدمه عند الاقرار فان لم تكن مستفرشة فقولان (أحدهما) أنه لايستحق لأنا لانتيقن وجوده عند الاقرار (وأظهرهما) الاستحقاق اذ لاسبب فى الظاهر يتجدد به العلوق والظاهر وجوده وقت الاقرار لحكم ثبوت نسبه ممن كانت فراشاً له واذا ثبت الاستحقاق فان ولدت تلك المرأة ذكراً فهو له وان ولدت ذكرين فصاعدا فلهم بالسوية وان ولدت أنثى فهو لها ان أسنده الى وصية وان أسنده الى الارث من الأب فنصفه لها وان ولدت ذكراً وأنثى فهو بينهما بالسوية ان أسنده الى وصية وثلثاه ان أسنده الى الارث من الأب (وقوله) ونصفه لها وهذا اذا اقتضت جهة الوارثة ماذكرنا فان اقتضت التسوية بان يكونا ولدى الأم كان ثلثه بينهما بالسوية قال الامام رحمه الله تعالي ولو أطلق الارث سألناه عن الجهة وحكمنا بمقتضاها (الحالة الثانية) أن يطلق الاقرار ففيه قولان (أحدهما) وهو نصه فى المختصر أنه باطل لأن المال فى الغالب إنما يجب بمعاملة أو جناية ولامتناع المعاملة مع الجهل ولا الجناية عليه (وأصحهما) و به قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو اسحق أنه يصح ويحمل

فلا يباع إلا كيلا قال وهو قريب من قول أبي اسحق (والمذهب) المنصوص ماتقدم واعترض الأصحاب على المزني فى قوله لانهما لو بيعا وزناً وفى أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل تارة غير معلوم قالوا لانه والحالة هذه معلوم المفاضلة فلا معنى لقوله غير معلوم وانما يستقيم هذا لا التعليل فى الشهد بالشهد لانهما بما فيهما من الشمع غير معلومي المماثلة قالوا والشافعى ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت إحدى المسألتين بالأخرى وذكر الروياني أيضاً أن قوله فى المختصر يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره يعني الوجه القائل بالتخيير وقد تقدم * وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعى فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ووزناً أخرى قال وهذا غريب قل مايوجد له نظير (قلت) وليس الأمر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم والله سبحانه وتعالى اعلم *

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التهذيب عسل الرطب وهو رب يسيل منه يجوز بيع بعضه ببعض متساويين فى الكيل ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا وجزافا يداً بيد لانهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ واختلفوا فى بيع السكر بعضه ببعض فمنهم من قال لايجوز لان النار قد عقدت أجزاءه ومنهم من قال يجوز لان ناره لاتعقد الاجزاء وانما تميزه من القصب ﴾ *

على الجهة الممكنة في حقه وان كانت نادرة (الثالثة) أن يسنده إلى جهة فاسدة بان يقول الف أقرضنيه أو ثمن ماباعه مني فان لم نصححه بالاقرار المطلق فهذا أولى وان صححناه فطر يقان (أحدهما) أنه على القولين فى تعقيب الاقرار بما يرفعه (وأظهرهما) الصحة لأنه عقبه بما هو غير مقبول ولا منتظم فاشبه مااذا قال لفلان على الف لايلزمني واذا صححنا الاقرار فى الحالتين الأخيرتين فان انفصل الحمل ميتاً فلا حق له ويسأل المقر عن جهة اقراره من الميراث أو الوصية ويحكم بموجبه قال فى النهاية وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين فكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق فان مات قبل البيان كان كما لو أقر لانسان فرده وفى تعليق الشيخ أبي حامد أنه يطالب ورثته ليفسروا فان انفصل حياً للمدة التي قدرنا من قبل فالكل له ذكراً كان أو أنثي وان انفصل ذكراً وأنثى فهو لهما بالسوية لأن ظاهر الاقرار يقتضى التسوية ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية ومتى انفصل حي وميت فيجعل الميت كان لم يكن وينظر فى الحى على ماذكرنا ولو أقر بحمل جارية او بهيمة لانسان ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل فان قال انه أوصى له به صح وينظر كم بين انفصاله وبين الاقرار من المدة على ماسبق وفى حمل البهيمة يرجع إلى أهل الخبرة وان أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ماتقدم من الخلاف ولو أقر بالحمل لرجل وبالأم لآخر إن جوزنا الاقرار بالحمل صح الاقرار

﴿ الشرح ﴾ الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبغوى والامام والرافعي وجعلهما الرافعي كالدبس ومقتضي ذلك أن الأصح عنده المنع فى السكر أيضاً وكذلك قال فى التهذيب ان الأصح أنه لايجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الأرغانى أنه قال فى فتاوى النهاية بالبطلان فى السكر والفانيد والعسل المميز بالنار قال ابن الرفعة وذلك قياس جزم العراقيين بمنع السلم فى ذلك فان باب الربا أحوط من باب السلم بدليل أنه يجوز السلم فيما لايجوز بيع بعضه ببعض لاجل طلب المماثلة وظاهر المذهب الجواز فى السكر على ماذكره الشيخ أبو حامد وقال القاضى حسين انه الصحيح وكذلك يقتضيه إيراد الجرجانى ونقل ابن الرفعة عن البندنيجى أنه ظاهر المذهب وعن سليم أنه أظهر الوجهين وجزم فى التعليق عن ابن أبى هريرة بالمنع وقال الماوردى ان كانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز وان دخلت لعقد الاجزاء لم يجز (واعلم) أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره أن نار السكر لينة لاتعقد الأجزاء وانما تميزه من القصب والسكر انما يتميز من القصب بالعود الذي يعصر به فاذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز وفى بعض ماتكلم به على المهذب تأويل ذلك بانه لابد أن يبقى فى السكر شىء من أجزاء القصب ويكثر ذلك حتى يحتاج إلى استخراجه فاذا أغلى بالنار سهل إخراجه فان مايبقي من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجه فهذا معنى التمييز الذى

والافلا قال صاحب التهذيب هما جميعاً للآخر وهذا البناء على أن الاقرار بالحامل إقرار بالحمل وفيه خلاف يأتى من بعد (الصورة الثالثة) لو أقر لمسجد أو مقبرة أونحوها بمال وأسنده إلى جهة صحيحة كغلة وقف عليه صح وان أطلق فعلى وجهين تخريجاً من القول فى مسألة الحمل وعلى قياسه ما إذا أضاف الى جهة فاسدة *

قال ﴿ الثانى أن لايكذبه المقر له فان كذبه لم يسلم اليه ويترك فى يد المقر فى وجه * ويحفظه القاضى فى وجه * فان رجع المقر له عن الانكار سلم اليه * فان رجع المقر فى حال انكار المقر له فالأظهر أنه لايقبل لأنه أثبت الحق لغيره بخلاف المقر له فانه اقتصر على الانكار ﴾ *

يشترط فى الحكم بالاقرار عدم تكذيب المقر له فى انكاره وان لم يشترط قبوله لفظا على رسم الايجاب والقبول فى الانشاءات فان كذبه نظر ان كان المقر به مالا لم يدفعه اليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه (أظهرها) أنه يترك فى يد المقر كما كان لأن يده تشعر بالملك ظاهراً والاقرار الثاني عارضه انكار المقر له فيسقط وأيضاً فانا لانعرف مالكه ونراه فى يد المقر فهو أولى الناس بحفظه (وثانيها) واختاره صاحب التهذيب والتتمة أنه ينتزعه القاضي ويتولى حفظه الى أن يظهر مالكه فانه فى حكم مال ضائع فيحتاط لمالكه فان رأى استحفاظ صاحب اليد فهو كما لو استحفظ عدلا آخر (وثالثها) أنه يجبر المقر له على القبول والقبض وهو بعيد وقال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف ما اذا قال صاحب اليد هذا لفلان وكذبه

قصدوه وعلل القاضي حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حداً ونهاية وعلله الامام بأن الانعقاد من طباع السكر كما حكيناه وقيده الماوردى فقال فى السكر والفانيدان التي فيهما ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض والا فينظر فان دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وان دخلت لاجتماع اجزائه وانعقادها فلا (قلت) أما تقييده بما إذا لم يكن فيه ماء أو لبن أو دقيق أوغيره فيمكن أن يكون اطلاق الأصحاب منزلا عليه لانه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بمثله قال ابن الرفعة وما قاله فيه نظر لان السكر لامن اذابة أهله بالماء ليحل ثم يطبخ ونصب عليه بعد غليانه اللبن ليبيضه ويزيل وسخه وذلك يقتضى منع بيع بعضه ببعض على طريقه (قلت) وكلام الماوردى يقتضى أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه فاما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وما ذكره ابن الرفعة من أن ذلك لابد منه فهو يقتضى قوله بالمنع فيه وهو القياس فان الخليط الذى فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل أما الماء ففيه نظر فأن الظاهر أنه لايزيد فى وزنه بعد الجفاف شيئاً والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ بعد أن ذكر الامام ماذكر فى السكر قال وهذا الذى ذكرناه يعني من الخلاف جار فى كل ماينعقد كذا نقله عنه ابن الرفعة قال وقد صرح باجراء الخلاف فى القند الفوراني وأجراه الامام الغزالى فى الفانيد وأجراه الغزالى رحمه الله أيضاً القند وفى اللباء *

فلان فأما اذا قال صاحب اليد للقاضي فى يدى مال لا أعرف مالكه فالوجه القطع بأن القاضى يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه ههنا ولو رجع المقر له عن الانكار فصدق المقر فقد حكي الامام رحمه الله الجزم بقبوله وتسليم المقر به اليه لكن الأظهر وهو الذى أورده المتولى وغيره تفريعه على الخلاف السابق (ان قلنا) يترك في يد المقر فهذا حكم منا ببطلان ذلك الاقرار فلا يصرف الي المقر له الا باقرار جديد (وان قلنا) انه ينتزعه القاضي ويحفظه فكذلك لايسلم اليه بل لو أراد اقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع وانما يسلم له اذا فرعنا على الوجه البعيد فان الظاهر أنه لايسلم اليه على خلاف ماذكر فى الكتاب ولو رجع المقر فى حال انكار المقر له وقال غلطت أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه ان قلنا ينتزعه القاضي وان تركناه فى يده فعلى وجهين رواهما الامام رحمه الله (أظهرهما) عنده وعند صاحب الكتاب أنه لايقبل أيضاً بناء على أنه لوعاد المقر له إلى التصديق قبل منه فاذا كان ذلك متوقعا لم يلتفت الى رجوعه (والثاني) أنه يقبل بناء على أن الترك فى يده ابطال الاقرار وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى الى ابن سريج ومن قال به لايسلم لصاحب الكتاب قوله لانه أثبت الحق لغيره بل يقول يشترط لكونه اثباتاً سلامته مع معارضة الانكار وجميع ماذكرناه فيما اذا كان الاقرار بثوب ونحوه أما اذا كان اقراره بعبد فأنكر ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بعتقه لان صاحب اليد لايدعيه والمقر له ينفيه فيصير

فرع

﴿ فرع ﴾ إذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن نص عليه الشافعي ومن الأصحاب نصر المقدسي وقد تقدم قول الجوزى وتنبيهه على أن ذلك لاخلاف فيه وقال ابن أبي الدم ان أبا اسحق قال يباع كيلا وجعل الوجهين فيه كالسمن ولم أر ذلك لغير ابن أبي الدم وعلل وجه أبي اسحق على مازعم بأن أصله الكيل وكأن يعني العصير فانه مكيل و بيع الفانيد كبيع السكر بالسكر قاله الماوردى والقاضي حسين والبغوي والامام والرافعي *

﴿ فرع ﴾ قال نصر المقدسي في الكافي يجوز بيع السكر بالسكر وزناً إذا تساويا في اليبس والصفة فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشتراطه التساوى في الصفة فمشكل لان ذلك غير شرط في الربويات بدليل أنه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر وما أشبهه وظاهر كلام نصر هذا أنه لايجوز بيع السكر بالسكر إذا اختلفت صفتهما ولم أر من تعرض لذلك غيره ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البغوى والرافعي وهو الصواب وقال الامام في السكر والفانيد منهم من قال هما جنس وهذا بعيد ومنهم من قال جنسان فان قصبهما مختلف وليس للفانيد عكر السكر وأما السكر الأحمر الذى يسمي القوالب فهو عكر السكر الأبيض ومن قصبه وفيه مع ذلك تردد من حيث أنه يخالف صفة الأبيض مخالفة ظاهرة وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات

العبد في يد نفسه فيعتق وهذا كما اذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد فأنكر يحكم بحريته (وأظهرهما) المنع لانه مملوك بالرق فلا يرفع الا بيقين و تخالف صورة اللقيط فانه محكوم بحريته بالدار فاذا أقر ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية فعلى هذا الحكم فيه ماذكرنا في الثوب وغيره فان كان المقر به قصاصاً أو حد قذف وكذبه المقر له سقط الاقرار وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع فأنكر رب المال السرقة فلا قطع وفي المال ماسبق وان أقرت بالنكاح وأنكر سقط حكم الاقرار في حقه *

﴿ فرع ﴾ لو قال من في يده عبدين ان أحد هذين لفلان طولب بالبيان فلو عين أحدهما فقال المقر له ان عبدى هو الآخر فهو مكذب للمقر في المعين ومدع في العبد الآخر *

﴿ فرع ﴾ ادعى على آخر ألفاً من ثمن مبيع فقال المدعى عليه قد أقبضتك الألف وأقام بينة على اقراره بالقبض يوم كذا وأقام المدعي بينة على اقرار المشتري بعد بينته بانه ماأقبضه الثمن بعد سمعت وألزم المشترى الثمن لأنه وان قامت البينة على اقراره بالقبض فقد قامت أيضا على أن صاحبه كذبه فيبطل حكم الاقرار و يبقى الثمن على المشترى ويعتبر في المقر له شرط آخر وهو أن يكون معيناً فلو قال لانسان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد على الف هل يصح اقراره خرجه الشيخ أبو علي على وجهين بناء على أنه إذا أقر لمعين بشيء وكذبه المقر له هل يخرج من يده (إن قلنا)

كاللبن ولعل الأظهر من جنس السكر وقال القاضي حسين ان بيع قصب الفانيد بقصب الفانيد جائز وبالفانيد لايجوز و بقصب السكر هل يجوز أم لا ان كانا من أصل واحد لايجوز متفاضلا وان كانا من أصلين يجوز متفاضلين وتابعه صاحب التهذيب على ذلك (قلت) وهذا كلام عجيب فان القصب كله الذى يعمل السكر والفانيد جنس واحد *

﴿ فرع ﴾ لما ذكر الماوردى حكم السكر والفانيد قال وكذلك دبس التمر ورب الفواكه *

﴿ فرع ﴾ بيع الفانيد بالسكر قال القاضى حسين ان كان أصلها واحد فهو كبيع الفانيد بالفانيد وان كان أصلهما مختلفاً فيجوز كيف ما كان (قلت) وهذا مثل الأول فان أصل السكر والفانيد قصب واحد والظاهر أن القاضى رحمه الله تعالى قال ذلك لأنه ليس القصب فى بلادهم ﴿ فائدة ﴾ قال ابن الرفعة أن النار فى القند فوق النار فى السكر والفانيد لان عصير القصب يوضع فى قدر كبير كالخابية و يغلى عليه غلياناً شديداً إلى أن تزول منه مائية كثيرة و يسمى ذلك صلقاً ثم يطبخ فى قدر ألطف من ذلك بكثير وتقوى ناره إلى أن تذهب مائيته فيوضع فى أوعية لطاف فوق الأوعية التى يصب فيها السكر والنار فيه فوق النار فى الذى يطبخ عسلا من ذلك الماء المصلوق فى الخابية وكثيراً ماتقوى نار الذى يطبخ عسلا فتصير أجزاؤه إذا برد قريباً من عقد أجزاء القند عند ذلك يسمى بالجلاس

نعم لأنه مال ضائع فكذا ههنا و يفيد الاقرار (وان قلنا) لا لم يصح هذا الاقرار وهو الصحيح قال فى التتمة ولو جاء واحد وقال أنا الذى أردتني ولى عليك الألف فالقول قول المقر مع يمينه فى نفى الارادة ونفى الألف و يخالف الاقرار على هذا الابهام ما اذا قال غصبت هذا من أحد هذين الرجلين أو هؤلاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك على ماسنذكره ونفرعه من بعد والفرق أنه اذا قال هو لأحد هذين فله مدع وطالب فلا يبقى فى يده مع قيام الطالب واعترافه بأنه ليس له واذا قال لواحد من بنى آدم فلا طالب له فيبقى فى يده وكان الشرط أن يكون المقر له معينا ضرب تعيين تتوقع معه الدعوى والطلب *

قال ﴿ الركن الثالث المقر به ولا يشترط أن يكون معلوماً بل يصح الاقرار بالمجهول * ولا أن يكون مملوكا للمقر بل لو كان ملكا بطل اقراره * فلو قال داري لفلان أو مالى لفلان فهو متناقض ولو شهد الشاهد أنه أقر له بدار وكان ملكه الى أن أقر كانت الشهادة باطلة * ولو قال هذا الدار لفلان وكانت ملكى الى وقت الاقرار أخذناه بأول كلامه ولم نقبل آخره ﴾ *

لايشترط أن يكون المقر به معلوماً بل يصح الاقرار بالمجاهيل على ماسيأتى ولا أن يكون مملوكا له حين يقر لأن الاقرار ليس ازالة ملك وانما هو أخبار عن كونه مملوكا للمقر له فلا بد من تقدم المخبر

ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند لكن طعمهما متباين وقال فى موضع آخر ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ويتخذ القند وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب وهو ما يقطر من أسفل أنالينخ القند بعد أخذه فى الجفاف والقند يختلف فى الجودة والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ ومن الطيب من القند يتخذ السكر واذا جمد استقطر مافيه من العسل من ثقب فى أسفل الاجانة التى يوضع فيها بعد طبخه وهذا العسل يسمى كما قال القاضى أبو الطيب بعسل الطبرزد ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذى يستقطر منه وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو ادونه ومن أعلا آناء يتجه يكون الآخر لان القطارة تنحبس فيه والعال وهو فوق ذلك فى الجودة والمكرر هو أعلا الثلاثة لأنه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضاً لكنه يجعل فى قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات والفانيد تارة من السكر غير النبات وتارة من العسل المسمي بالمرسل المطبوخ من ماء القصب فى أول أمره وطبعه مخالف طبع السكر ولونه يخالف لونه والاسم مختلف لكن الأصل فيها واحد القصب وعند ذلك يتقرر الخلاف فى الفانيد والسكر هل هما جنس واحد باعتبار أصلهما كما فى عسل القند وعسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار

به على الخبر فلو قال دارى هذه أو ثوبى الذى أملكه لفلان فهو متناقض والمفهوم منه الوعد بالهبة ولو قال مسكني هذا لفلان يكون اقراراً لأنه أضاف الى نفسه السكني وقد يسكن ملك الغير ولو شهدت بينة على أن فلاناً أقر أن له دار كذا وكانت ملكه الى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه ولو قال المقر هذه الدار لفلان وكانت ملكى الى وقت الاقرار فاقراره نافذ والذي ذكره متناقض لأوله فليلغو كما لو قال هذه الدار لفلان وليست له هذا فى الاعيان وكذلك فى الديون اذا كان لمدين علي غيره في الظاهر من قرض أو أجرة أو ثمن مبيع فقال دينى الذى لى على زيد لعمرو فهو باطل ولو قال الدين الذى لى على زيد لعمرو واسمى فى الكتاب عارية فهو صحيح نلعله كان وكيلا عنه فى الاقراض والاجارة والبيع ثم عمرو يدعى المال على زيد لنفسه فان أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دين المقر على زيد ثم على اقراره له بما على زيد وبين أن يقيم البينة أولا على الاقرار ثم على الدين ذكره القفال واستثني صاحب التلخيص ثلاثة ديون ومنع الاقرار بها (أحدها) الصداق فى ذمة الزوج لاتقر المرأة به (والثانى) بدل الخلع فى ذمة المرأة لايقر الزوج به (والثالث) أرش الجناية لايقر به المجنى عليه لأن الصداق لايكون الا للمرأة وبدل الخلع الا للزوج وأرش الجناية الا للمجني عليه نعم لو كانت الجناية على عبد أو مال آخر جاز أن يقر به الغير لاحتمال كونه له يوم الجناية قال

اختلاف الصفة والاسم فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة فانه كان عارفا بذلك وكلام القاضى حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحال فى ذلك لانه ليس فى بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم * قال ابن الرفعة أيضاً وأما السكر الأحمر والأبيض والنبات فجنس واحد للاشتراك فى الاسم الخاص وقرب الطباع وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا فيه الخلاف السابق والفانيد قد يجعل فيه شيء من الدقيق وعند ذلك إذا قلناهو والسكر جنسان لم يخف (وان قلنا) جنس واحد فلايجوز بيعه بالسكر ان لم ينظر إلى تأثير النار ولانه من قاعدة مد عجوة وقول ومع تفاوت النار فى القند والسكر والفانيد لم يذكر المصنف يعنى الغزالى بينهما كما لم يفرق الأصحاب بين ذلك فى السكر بل جوزوه فى الجميع على رأى مرجح فى الحاوى وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التمويه فى الجميع ان للنار فى ذلك حدا بحسب العرف فأحيل الحكم عليه وعلى هذا فقد يقال الأمر كذلك فى النار التى تدخل فى الدبس وقد قطع فريق فيه بالمنع وان حكى الخلاف فى السكر ونحوه فما الفرق ويقال فيه ان زيادة النار فى السكر ونحوه تفسده فيحترز منها وزيادتها فى الدبس ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها فلذلك افترقا قال وانما قلت ذلك لانى رأيت حكاية عن الامالى أن تأثير النار فى الشيء ان لم يكن

الائمة هذه الديون وان لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداء وتقديراً بوكالة ولكن يجوز انتقالها الى الغير بالحوالة وكذلك فى البيع على قوله فيصح الاقرار بها عند احتمال جريان الناقل وحملوا على ماذكره صاحب التلخيص على ما اذا أقر بها عقيب ثبوتها بحيث لايحتمل جريان الناقل لكن سائر الديون كذلك فلا ينتظم الاستثناء بها بل الأعيان أيضاً يرتد المستثني به حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره عقيب العتق بدين أو عين لم يصح لأن أهلية الملك لم تثبت له الا فى الحال ولم يجر بينهما ما يوجب المال وزاد أبو العباس الجرجانى فى الفصل شيئاً فقال ان أسند الأقارير الثلاثة الى جهة حوالة أو بيع ان جوزناه فذاك والا فعلى قولين بناء على مالو أقر للحمل بمال وأطلق *

قال ﴿ نعم يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه * فلو أقر بحرية عبد فى يد غيره لم يقبل * فلو أقدم على شرائه صح تعويلا على قول صاحب اليد * ثم قيل انه شراء * وقيل انه فداء من جانبه بيع من جانب البائع * والصحيح أن خيار الشرط والمجلس لايثبت فيه * كما لايثبت فى بيعه عبده من نفسه * ولا يثبت فى بيع العبد من قريبه الذى يعتق عليه على الصحيح * ثم يحكم بعتق العبد على المشترى ولا يكون الولاء له ولا للبائع * فان مات العبد وله كسب فللمشترى أن يأخذ من تركته قدر الثمن لأنه ان كذب فكله له * وان صدق فهو للبائع وله الولاء وقد ظلمه بالثمن * وقد ظفر هو بماله هكذا ذكره المزنى رحمه الله * ومن الأصحاب من خالفه لأنه غير مصدق فى هذه الجهة ﴾

له نهاية كالدبس فكلما كثر النار كان أجود وليس له نهاية إلى أن يتلابس فلا يصح بيع بعضه ببعض لان تأثير النار فى تنقيص رطوبته تتفاوت وان كان له نهاية كالسكر والفانيد ففيه وجهان (قلت) هذه الحكاية عن الأمالى وذكر الوجهين فيها لم أفهمه ولا يقع فى كلام الشافعى رضي الله عنه ذكر وجهين فليتأمل ذلك إلا أن يكون المراد أمالى السرخسى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا لان الدقيق هو الحب بعينه وانما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة فأما بيعه به متماثلا فالمنصوص أنه لايجوز وقال الكرابيسى قال أبو عبدالله يجوز فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولا آخر وقال أكثر أصحابنا لايجوز قولا واحداً ولعل الكرابيسى أراد أبا عبدالله مالكا أو أحمد فان عندهما يجوز ذلك والدليل على أنه لايجوز انه جنس فيه ربا بيع

قوله يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسلطنا اقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له بل يكون ذلك دعوى أو شهادة وليس معناه أنه يلغو قوله من كل وجه بل لو حصل المقر به فى يده يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه اليه فقال فلو قال العبدالذى فى يدان زيد هوحر عند عمرو بكذا ثم حصل العبد في يده يؤمر ببيعه فى دين عمرو ولو أقر بحرية عبد فى يد غيره أو شهد بحريته فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته فى الحال ولو أقدم المقر على شرائه صح تنزيلا للعقد على قول من صدقه الشرع وهو صاحب اليد البائع ويخالف ماإذا قال فلانة اختى من الرضاع ثم أراد أن ينكحها لاتمكنه منها لان فى الشراء غرض استنقاذه من أسر الرق ومثل هذا الغرض لايوجد هناك فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد وأمر برفع اليد عنه ثم للاقرار حالتان (أحدهما) أن تكون الصيغة أنك أعتقته وتسترقه ظلماً وهى التى تكلم بها فى الكتاب فالعقد الجارى بينه و بين البائع ماحكمه أهو شراء أم افتداء حكى صاحب الكتاب فيه أوجهاً ثلاثة (أصحها) أنه بيع من جهة البائع وافتداء من جهة المقر (والثانى) أنه بيع من الجانبين (والثالث) أنه افتداء من الجانبين وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه في جانب البائع وكيف ينتظم أن يقال انه يأخذ المال لينقذ من يسترقه ويعرفه حراً يفتديه بل لو قيل فيه المعنيان جميعاً والخلاف فى أن الاغلب منهما ماذا كان أو بما رآه والمعتمد الذى رواه الأكثرون أنه بيع من جانب البائع لامحالة ومن جانب المشترى وجهان (أحدهما) أنه شراء كما فى جانب البائع (وأصحهما) أنه افتداء لاعترافه بحريته وامتناع شراء الحر وينبني على هذا الخلاف الكلام فى ثبوت الخيار فى هذا العقد أما البائع فيثبت له خيار المجلس والشرط بناء على ظاهر

منه ماهو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان فى حال الادخار فلم يصح كبيع الرطب بالتمر ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الكرابيسي هو أبوعلى الحسين بن على البغدادى صاحب الشافعى في العراق كان عالماً فى الفقه والحديث والأصول وله تصانيف فى الجرح والتعديل وغيره ومن جملتها كتاب الرد على المدلسين الذى رد عليه فيه أبو جعفر الطحاوى وقد وقفت على كلام أبى جعفر توفى الكرابيسى سنة خمس وأربعين وقيل ثمان واربعين ومائتين وهومذكور فى المهذب فى باب زكاة التجارة وأبو الطيب محمد بن المفضل بميم فى أوله ابن سلمة من كبار أصحابنا درس الفقه على ابن سريج وكان مخصوصا بفرط الزكاء والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الاقبال و يميل إلى تعليمه كل الميل صنف كتباً عدة مات شاباً سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذكور فى المهذب في باب صلاة المسافر

المذهب فى أنه بيع من جانبه ولو كان البيع بثمن معين فخرج معيباً ورده كان له أن يسترد العبد بخلاف مالو باع عبداً أو أعتقه المشترى ثم خرج الثمن المعين معيباً ورده لايسترد العبد بل يعدل إلى القيمة لاتفاقهما علي العتق هناك وأما المقر المشترى فان جعلناه شراء فى حقه فيه الخيار وان جعلناه فداء فلا وعلى الوجهين لارد له لو خرج العبد معيباً لكن ياخذ الأرش علي وجه الشراء ولا يأخذ على الوجه الآخر وذكر الامام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس للمشتري ففى ثبوته للبائع وجهان لأن هذا الخيار لايكاد يتبعض وقوله فى الكتاب والصحيح أنه خيار المجلس والشرط لايثبت فيه إلى آخره يشعر باثبات الخلاف فيه نعم مع الحكم بكونه شراء و بيعاً لاستعقابه العتق كالخلاف فى شراء القريب واعلم أن مسألتى بيع العبد من نفسه و بيعه من قريبه قد ذكرناهما بمافيهما فى البيع وتبين أن كلامه فى شراء القريب بخلاف كلام الأكثرين والحكم بان الصحيح ههنا منع الخيار غير مسلم على اطلاقه بل الصحيح ثبوتهما فى طرف البائع نعم فى طرف المشتري الفتوى بالمنع بناء على أنه فداء والله أعلم *

ثم اذا حكمنا بالعتق والحالة هذه فلا نقول بان ولاءه للمشترى لاعترافه أنه لم يعتقه ولا للبائع لزعمه أنه ليس بعتق بل هو موقوف فان مات وقد اكتسب مالا فان كان له وارث بالنسب فهو له والا فينظر إن صدق البائع المشترى أخذه ورد الثمن وان كذبه وأصر على كلامه الاول فظاهر النص أنه يوقف المال كما كان الولاء موقوفا واعترض المزنى فقال للمشترى أن يأخذ قدر الثمن مما تركه فان فضل شيء كان الفاضل موقوفا وعلله بان المشترى اذا كان كاذباً فالميت رقيق وجميع أكسابه له أو صادق فالاكساب للبائع إرثا بالولاء وهو قد ظلمه باخذ الثمن وتعذر استرداده فاذا ظفر بماله كان له أن ياخذ بحقه وافترق الأصحاب في المسأله فذهبت فرقة إلى تقرير النصين وتخطئة المزنى فالتوجيه من

وكذلك الامام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينبه على شيء من أخباره وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر فى المهذب فيما أظن وهو الامام ابو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد بن ادريس ابن عبد الله بن حيان بحاء مهملة وياء آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن ابن ذهل بن شيبان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن على بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أقصى بن دعمى بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن مضر بن معد بن عدنان مولده سنة (١) وستين ومائة وتوفى سنة إحدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علماً وزهداً وورعاً أكثر من أن تحصى وأشهر ممن تذكر وهو معدود من أصحاب الشافعي رضى الله عنهم بالعراق وقول المصنف الحب بدقيقه يشمل الحنطة والشعير وغيرها وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره كبيع الحنطة بدقيق الشعير والشعير

(١) بياض بالاصل

وجهين (أحدهما) أنه لو أخذ شيئاً فاما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه وقد نفاه باقراره أو بجهة الظفر بمال من ظلمه وهو ممتنع لانه إنما بذله تقربا إلى الله تعالى باستنقاذه حراً فيكون سبيله سبيل الصدقات والصدقات لايرجع فيها (والثانى) لايدرى أنه يأخذه بجهة الملك أو بجهة الظفر بمال من ظلمه فيمتنع من الأخذ إلى ظهور جهته وقال ابن سريج وأبو اسحق وأكثر مشايخ المذهب الأمر كما ذكره المزنى وعن ابن سريج والقاضى أبى حامد أن الشافعي رحمه الله نص عليه فى غير هذا الموضع وحملوا ماذكره ههنا على أن مايأخذه بجهة الولاء لايكون موقوفا وهو مازاد على قدر الثمن فاما المستحق بكل حال فلا معنى للتوقف فيه قالوا ويجوز الرجوع فى المبذول على جهة الفدية كما لو فدى أسيراً فى يد المشركين ثم استولى المسلمون على بلادهم ووجد الباذل عين ماله أخذه (وأما) اختلاف الجهة فلا يسلم أنه يمتنع أخذه بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق (الحالة الثانية) أن يكون صفة إقراره أنه حر الأصل وأنه عتق قبل ان اشتريته فاذا اشتراه فهو فداء من جهته بلا خلاف كذلك ذكره صاحب التهذيب واذا مات وقد اكتسب مالا وليس له وارث فالمال لبيت المال وليس للمشترى أن يأخذ منه شيئاً لأن تقدير صدقه لايكون المال للبائع حتى يأخذ عوضاً عن الثمن ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشترى لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن لأنه لاحرية فى زعمه والمبيع قد تلف قبل القبض هذا شرح المسألة وقد اندرج فيه بعض مايتعلق بلفظ الكتاب خاصة (وقوله) لم يحكم بعتق العبد على المشترى على من صلة الحكم لامن صلة العتق فانا لانحكم بانه عتيق على المشترى وانما نحكم على المشترى بانه عتيق (وقوله) لأنه غير مصدق فى الجهة أراد به ماذكرنا فى التوجيه الثانى وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال لى عليك الف ضمنته فقال ماضمنت شيئاً ولكن لك على الف عن قيمة متلف والأصح الثبوت وقطع النظر عن الجهة *

بدقيق الحنطة وما أشبه ذلك فانه جائز متماثلاً ومتفاضلا على القول الصحيح المشهور الذى قطع به قاطعون أن الأدقة أجناس والمقصود بيع القمح بدقيق القمح أو بيع الشعير بدقيق الشعير وما أشبه ذلك وفى ذلك مسألتان (إحداها) أن يباع متفاضلا وهذا لايجوز عندنا وعند أكثر العلماء ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبى ثور جوازه واحتج بأنهما جنسان لاختلاف الاسم ونقض الأصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات وفيه نظر من الضابط الذى مهدوه فى اختلاف الجنس واتحاده وهو مذهب أبى ثور فى ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه إلى جواز ذلك وعمم فقال يجوز بيع القمح بدقيقه وسويقه وخبزه وبيع الدقيق بالدقيق والسويق والخبز والسويق بالسويق وبالخبز والخبز وبالخبز متفاضلاومتماثلا قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل من قبل أنه يكون متفاضلاً فى نحو ذلك وكذلك نقله

﴿ فرع ﴾ لو استأجر العبد المقر بحريته بدلا عن الشراء لم يحل له استخدامه والانتفاع به وللمكرى مطالبته بالأجرة ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطئها وللمزوج مطالبته بالمهر *

﴿ فرع ﴾ لو قال العبد الذى فى يدك غصبته من فلان ثم اشتراه منه ففي صحة العقد وجهان نقلها الامام رحمه الله (أصحها) الصحة كما لو أقر بحريته ثم اشتراه (والثاني) المنع لأن الصحيح ثم الافتداء والانقاذ من الرق ولا يتجه مثله فى تخليص ملك الغير (ثالث) لو أقر بعبد فى يده لزيد وقال العبد بل أنا ملك لعمرو سلم إلى زيد دون عمرو لأنه فى يد من يسترقه لافى يد نفسه ولو أعتقه لم يكن لعمرو تسليم رقبته والتصرف فيها أيضاً لما فيها من ابطال الولاء على المعتق وهل له أخذ اكسابه فيه وجهان (وجه المنع) أن استحقاق الاكساب فرع الرق وأنه لم يثبت *

قال ﴿ الركن الرابع الصيغة فاذا قال لفلان على أو عندى الف فهو اقرار * ولو قال المدعى لى عليك الف فقال زن أو خذ لم يكن اقراراً * وكذا إذا قال زنه أو خذه (و) ولو قال بلى أو أجل أو نعم أو صدقت أو أنا مقر به أو لست منكراً له فهو اقرار * ولو قال أنا مقر ولم يقل به فلا يكون اقراراً به * ولو قال أنا أقر به قيل إنه اقرار * وقيل انه وعد بالاقرار * ولو قال اليس لى عليك الف فقال بلى لزمه * ولو قال نعم قيل إنه لايلزمه والأصح التسوية * ولو قال اشتر منى هذا العبد فقال نعم فهو اقرار بالعبد ﴾*

فى الفصل صور (أحدها) قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار (وقوله) لفلان على أو فى ذمتى إقرار بالدين ظاهراً (وقوله) عندى أو معى إقرار بالعين ولو قال له قبلى الف قال فى التهذيب هو

الامام

الامام عن المزني فى المنثور مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتى إن شاء الله تعالى وقال فى مختصر البويطى ولايجوز أن يؤخذ دقيق بقمح وقال الشيخ أبو حامد وهو الصحيح من المذهب و به قال الحسن البصرى ومكحول وأبو هشام وحماد بن أبي سليمان والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وذهب مالك فى المشهور عنه إلى أنه يجوز كيلاً بكيل و به قال قتادة ور بيعة و إبراهيم النخعى وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد وذهب الأوزاعى وأحمد بن حنبل واسحق بن راهوية إلى أنه يجوز وزناً بوزن والأكثرون على الامتناع من اثبات ماحكاه الكرابيسى قولا للشافعى منهم الشيخ أبو حامد والعبدرى قال العبدري والصحيح أنه لايحفظ عن الشافعى إلا المنع قال الشيخ أبو حامد لايختلف المذهب فى ان ذلك لايجوز وقال القاضى أبو الطيب لايحفظ للشافعى فى كتبه غير ذلك وكذلك فى تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة أنه خطأ لايحفظ عن الشافعى وغير من سميناه يقول ذلك قال

دين ويشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعاً (الثانية) إذا قال لغيره لى عليك الف وقال فى الجواب زن أو خذ لم يكن إقراراً لأنه لم توجد منه صيغة التزام وقد يذكر مثل ذلك من يستهزىء ويبالغ فى الجحود ولو قال استوف أو اتزن فكذلك وفى التتمة نقل وجه فى قوله اتزن أنه اقرار لأنه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الانسان لنفسه بخلاف قوله زن ويقال هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ولو قال خذه أو زنه فظاهر المذهب أنه ليس باقرار أيضاً وقال الزبيرى انه اقرار ووجهه أن الكناية تعود الى ماتقدم فى الدعوى ولو قال سده فى همنا بك أو اجعله فى كيسك أو اختم عليه فهو كقوله زنه أو خذه واعلم أن الوجه الذى رويناه عن الزبيرى نسبه صاحب الكتاب فى الوسيط الى صاحب التلخيص فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه فى الجواب بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو اقرار لان هذه الالفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ومثله أجابوا فيما اذا قال لعمرى ولعل العرف يختلف فيه ولو قال أنا مقر بها أو بما يدعيه ولست بمنكر له فهو اقرار ولو قال أنا مقر ولم يقل به أو قال لست بمنكر أو أنا أقر لم يكن اقراراً لجواز ان يريد الاقرار ببطلان دعواه أو بأن الله تعالى واحد وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله انى مقر به اقرار فيما اذا خاطبه فقال أنا مقر لك به والا فيجوز أن يريد الاقرار به لغيره ولو قال أنا أقر لك به فوجهان (أحدهما) أنه ليس باقرار لجواز أن يريد به الوعد بالاقرار فى تأتى الحال (والثانى) أنه اقرار لان قرينة الخصومة تشعر بالتمييز ونسب الامام رحمه الله الوجه الثانى للأكثرين واختاره كذلك القاضيان الحسين والرويانى ولا يحكى الثانى الا نادراً فضلا عن الذهاب اليه (وأما) المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال لاأنكر ماتدعيه كان اقراراً غير محمول على الوعد ورأيت بعض أصحاب أبي عاصم العبادى أجاب عن هذا الالزام

هؤلاء ولعله أراد بأبي عبد الله مالكا وأحمد لما سنحكيه من مذهبهما وجماعة من الأصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافاً منهم الفوراني وقال الروياني قال أكثر أصحابنا المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه ومنهم من ذهب إلى إثباته قولا للشافعي و به قال أبو الطيب ابن سلمة فيما حكاه أكثر الأصحاب وابن الوكيل فيما حكاه المحاملي والقفال فانه قال في شرح التلخيص بعد قول صاحب التلخيص فان كانا مطحونين أو أحدهما لم يجز قال القفال وقال في القديم يجوز والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز فاستفدنا من ذلك أنَ القفال من المعترفين باثبات هذا القول وان لم ينسبه للكرابيسي والكرابيسي من رواة القديم ووجهوه بما سنذكره من حجة المالكية قال الرافعي وعلى هذا فالمعيار الكيل وقد اختار ابو بكر بن المنذر في كتابه الأشراف منع بيع الحنطة بالدقيق متفاضلا وجوازه مثلا بمثل وقال ولا أعلم حجة تمنع من بيعه مثلا بمثل وجعل الامام منقول الكرابيسي

بأن العموم الى النفس أسرع منه الى الاثبات ألا ترى ان النكرة في معرض النفي تعم وفي معرض الاثبات لا تعم ولك ان تقول هب ان هذا الفرق بين لكن لا ينفي الاحتمال وقاعدة الاقرار الاخذ باليقين قال الامام رحمه الله و بتقدير حمله على الوعد فالقياس ان الوعد بالاقرار اقرار كما ان نقول التوكيل بالاقرار اقرار ولو قال في الجواب لا انكر ان يكون محقاً لم يكن مقراً بما يدعيه لجواز ان يريد في شيء آخر فلو قال فيما تدعيه فهو اقرار واو قال لا اقر به ولا انكر فهو كما لو سكت و يجعل منكراً وتعرض عليه اليمين ولو قال برأتني عنه أو قضيته فهو اقرار وعليه بينة القضاء والابراء وعن بعض الاصحاب ان قوله ابرأتني ليس باقرار لقوله تعالى (فبرأه الله مما قالوا) وتبرئته عن عيب لا يدره لا يقتضي اثباته له ولو قال اقررت بأنك ابرأتني واستوفيت مني لم يكن اقرارا ولو قال في الجواب لعل او عسى او اظن او أحسب أو أقدر لم يكن مقراً وههنا مباحثة وهو أن اللفظ وان كان صريحاً في التصديق فقد تنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والكذب ومن جملة الاداء والابراء وتحريك الرأس على شدة التعجب والانكار و يشبه أن يحمل قول الاصحاب ان صدقت وما في معناه اقرار على غير هذه الحالة اما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقراراً أو يقال فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لي عليك الف فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك على الف فان أبا سعيد المتولى حكى فيه وجهين (الثالثة) لو قال اليس لي عليك الف فقال بلى كان مقراً ولزمه الألف ولو قال نعم فوجهان (أحدهما) أنه لا يلزمه لأن نعم تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام و بلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى بل وزيدت عليها الياء وهو الرد والاستدراك واذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله اليس لي عليك الف فانه الذي أدخل عليه حرف الاستفهام و نفي له ونفي النفي اثبات فكأنه قال لي

شيأ آخر وهوأن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لاختلاف الصفة والاسم والمنفعة قال الرافعي ويشبه أن يكون هو منفرداً بهذه الرواية يعني الامام (قلت) وليس منفرداً بها بل حكاها الماوردى فى الحاوى كذلك وسوى بينهما و بين قول أبى ثور فاستدل الأصحاب بما ذكره المصنف قالوا ولا فرق بين الموضعين إلا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق إلى حال كونه حنطة لفاتت المماثلة كما أنه إذا قدر الرطب تمراً تفوت المماثلة قال الأصحاب حالة كمال الحب كونه حباً فانه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضاً بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان والشيرج بالسمسم واحترزوا بصنعة ادمى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة وانما تفرقت أجزاؤه فأشبه الدراهم الصحاح بالمكسرة واحتج من نصر قول الأوزاعي وأحمد بأن الطحن لايتغير به الوزن وانما يختلف به الكيل فاذا بيع أحدهما بالآخر وزناً كانا متساويين وأجاب الأصحاب عن حجة المالكية بأنه إذا كان حبا

عليك الك على الف وقوله نعم تصديق له فكأنه قال ليس لى لك على عليك الف هذا تلخيص مانقل عن الكسائى وغيره من أئمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى (الست بربكم قالوا بلى) وقال تعالى (أم يحسبون أنا لانسمع سرهم ونجواهم بلى ورسلنا لديهم يكتبون) وقال تعالى (أيحسب الانسان أن لن نجمع عظامه بلى قادرين على أن نسوى بنانه) وقال تعالى فى لفظة نعم (فهل وجدتم ماوعد ربكم حقاً قالوا نعم) وقال تعالى (أئنا لنا لأجراً إن كنا نحن الغالبين قال نعم) والوجه الثانى أن يكون مقراً بان كل واحد منهما يقام مقام الآخر فى العرف والوجه الاول هو الذى أورده صاحب التهذيب وغيره لكن الثانى أصح عند الامام وصاحب الكتاب و به أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولى ووجهوه بان الاقارير تحمل على معهود العرف لاعلي حقائق العربية ولو قال هل لى عليك الف فقال نعم فهو اقرار (الرابعة) إذا قال اشترى منى عبدى هذا فقال نعم فهو اقرار به للقائل كما لو قال اعتق عبدى هذا فقال نعم ويمكن أن يجيء فيه خلاف ماذكرنا فى الصلح فيما إذا قال بعني هذا العبد هل هو اقرار بالعبد للمخاطب وليس فى لفظ الكتاب فى المسألة اضافة العبد الى نفسه ولكن المراد ما اذا أضاف وكذلك صور فى الوسيط ولو كان اللفظ اشتر منى هذا العبد كما فى الكتاب فالتصديق بنعم يقتضى الاعتراف بملكية البيع لا بانه يملك المبيع ولو ادعى عليه عبداً فى يده فقال اشتريته من وكيلك فلان فهو اقرار له ويحلف المدعى عليه أنه ماوكل فلانا بالبيع ثم انا نردف شرح صور الفصل بصور تقرب منها لو قال له على كذا فى علمى أو فيما أعلمه وأشهد فهو اقرار ولو قال كان على الف لفلان أو كانت هذه الدار فى السنة الماضية له فوجهان (أحدهما) أنه اقرار فى الحال بحكم الاستصحاب

كانت أجزاؤه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من المكيال الموضع الذى يأخذه إذا طحن وتفرقت أجزاؤه فمتى بيع أحدهما بالآخر كانا متفاضلاين وعن حجة الأوزاعى وأحمد بأن المماثلة معتبرة كيلا فاذا قدر عودهما إلى حالة كونهما طعاما أفضى إلى التفاضل كيلا وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض لها الشافعي فى باب بيع الآجال من الام قال فاذا كان شىء من الذهب أوالفضة أو المأكول او المشروب فكان الآدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الأصل شيأ يقع عليه اسم دونه اسم فلا خير فى ذلك الشىء لشىء من الأصل وان كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلا عمد إلى دنانير فجعلها طستا أو حليا ما كان لم يجز بالدنانير إلا وزناً بوزن وكما لو أن رجلاً عمد إلى تمر فحشاه فى شن أو جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزناً بوزن فكذلك لايجوز حنطة بدقيق

(والثانى) لا لأنه لم يعرف فى الحال بشىء والاصل براءة الذمة ويقرب منه الخلاف فيما اذا قال هذه دارى أسكنت فيها فلانا ثم أخرجته منها قيل هو اقرار باليد لانه اعترف بثبوتهامن قبل وادعى زوالها وعن أبى على الزجاجى فى جواب الجامع الصغير أنه ليس اقراره بالملك لزيد ودعوى انتقالها منه لانه لم يعترف بيد فلان الا من جهته ولو قال ملكتها من زيد فهو اقرار فان لم يصدقه زيد أمر بالرد اليه ولو قال اقض الألف الذى لى عليك فقال نعم فهو اقرار ولو قال فى الجواب اعطني غداً أو ابعث من يأخذه أو امهلنى يوماً أو حتى اصرف الدراهم أو حتى افتح باب الصندوق أو اقعد حتى تأخذ أو لاأجد اليوم أولا تزال تتقاضى أو قال ماأكثر ماتتقاضى والله لاقضينك فجميع هذه الصور اقرار عند أبى حنيفة رحمه الله والاصحاب فيه مضطربون والميل الى موافقته فى أكثر الصور اكثر وتردد بعضهم فى قوله اقض الالف الذى لى عليك فقال نعم أيضاً وكذا لو قال اسرح دابة فلان هذه فقال نعم أو قال متى تقضى حتى فقال غداً ولو قال له قائل غصبت ثوبى فقال ماغصبت من أحد قبلك ولا بعدك لم يكن مقراً لان نفى الغصب من غيره لايوجب الغصب منه وكذا لو قال مالزيد أكثر من مائة درهم لان نفى الزائد على المائة لايوجب اثبات المائة وفيه وجه آخر أنه اقرار بالمائة ولو قال معسر لفلان على الف درهم ان رزقنى الله مالا قيل ليس باقرار للتعليق وقيل هو اقرار وذلك بيان لوقت الاداء والاصح أن يستفسر فان فسر بالتأجيل صح وان فسر بالتعليق لغا ولو شهد عليه شاهد فقال هو صادق أو عدل لم يكن مقراً وان قال صادق فيماشهد به أوعدل فيه كان مقراً قاله فى التهذيب ولو قال ان شهد على فلان وفلان أو شاهدان بكذا فهما صادقان قال فى الحلية فيه قولان (أصحهما) أنه اقرار وان لم يشهدا و به أجاب صاحب التلخيص فى المفتاح (والثاني) أنه ليس باقرار لما فيه من التعليق فان قال ان شهدا صدقتهما لم يكن مقراً لان غير الصادق قد يصدق

وكذلك حنطة بسويق أو بخبز أو بفالوذج إذا كان نشاه مشقة من حنطة وكذلك دهن سمسم بسمسم وزيت بزيتون وكذلك لايصح التمر المنثور بالتمر المكبوس لان أصل التمر الكيل اه ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير وكذلك لاخير في تمرقد عصر وأخرج صفره بتمرثم يخرج صفره كيلا بكيل من قبل انه قد أخرج منه شيء من نفسه واذا تم بغيره عن خلقته فلا بأس به وقد روى عن مجاهد باسناد حسن قال لابأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق وعن الشعبي أنه سئل عن السويق بالحنطة فقال ان لم يكن ربا فهو ريبة ومما احتج به في منعهم القمح بالدقيق والقياس على بيع اللحم بالحيوان وهذا انما يتم إذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللا أما إذا جعلنا طريق ذلك الاتباع والتعبد فيمتنع الالحاق * قال المصنف رحمه الله *

﴿ ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز واليه أومأ في البويطي لانهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لانه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والادخار فاشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافا ﴾ *

الباب الثاني في الاقارير المجملة

قال ﴿ وهي سبعة (الاول) اذا قال لفلان على شيء يقبل تفسيره بأقل مايتمول (ح) لانه محتمل * وهل يقبل بحبة من الحنطة فيه خلاف * وهل يقبل بالكلب والسرجين وجلد الميتة فيه خلاف * والاظهر القبول لانه شيء لازم * ولا يقبل بالخمر والخنزير لانه لايلزم ردهما * ولا يقبل برد جواب السلام والعيادة فانه لامطالبة بهما * وان قال غصبت شيئاً قبل بالخمر والخنزير * ولو قال له عندي شيء لم يقبل بالسلام لانه لايملك * وفيه وجه ﴾ *

المقر به قد يكون مفصلا وقد يكون مجملا مجهول الحال وانما احتمل فيه الاجمال لانه اخبار عن سوابق والشيء يخبر عنه مفصلا تارة ومجملا تارة ويخالف الانشاءات حيث لاتحتمل الجهالة والاجمال في أغلبها احتياطاً لابتداء الثبوت وتحرزاً عن الغرر ولا فرق في الاقارير المجملة بين أن تقع ابتداء او في جواب دعوى معلومة كما اذا ادعى عليه الف درهم وقال لك على شيء والالفاظ التي تقع فيها الجهالة والاجمال لاحصر لها فاشتغل الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ببيان ماهو اكثر استعمالا ودورانا على الالسنة ليعرف حكمها ويقاس بها غيرها (منها) إذا قال لفلان على شيء رجعنا في التفسير اليه فان فسره بما يتمول قبل قليلا كان أو كثيراً كفلس ورغيف وتمرة حيث يكون لها قيمة وان فسره بما لايتمول فاما أن يكون من جنس مايتمول أولا يكون ان كان كحبة من الحنطة والشعير والسمسم وقمع الباذنجانة ففيه وجهان (أحدهما) لايقبل التفسير به لانه لاقيمة له فلا يصح التزامه بكلمة على ولهذا لاتصح الدعوى به (وأصحهما)

.. ﴿ الشرح ﴾ المراد ههنا أيضاً إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ودقيق الشعير بدقيق الشعير فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لايجوز سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعماً والآخر خشناً قال الشيخ أبو حامد هذا الذى نص عليه فى الجديد والقديم وكذلك قال ابن الصباغ وهذا هو المذهب كذلك قال الشيخ أبو حامد وقال أبو الطيب وابن الصباغ انه المشهور وقال الماوردى ان مقابله خطأ وكثير من الأصحاب لم يحكوا فيه خلافا كالقاضى حسين وقال الرويانى انه نص عليه فى القديم والجديد وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة الحبات بان أجزاء الحب ثم مجتمعة ورواية المزنى فى المنثور مشهورة نقلها الأصحاب كافة عن المزنى فى مسألة المنثور عن الشافعي ونقله الامام عنه وعن نقل حرملة أيضاً وأما ماأومأ اليه البويطى (فاعلم) أن الشافعى قال فى البويطى وكل شيء من الطعام الذى لايجوز إلا مثلا بمثل من صنف واحد فلا يجوز أن يؤخذ شيء مما يخرج منه بأصله متفاصلا إلا مثلا بمثل وهذا يقتضى منع بيع الدقيق بالقمح متفاضلا ويفهم أنه يجوز بيعه به متماثلا وقد تقدم منع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر فى البويطى أطلق أنه لايؤخذ دقيق بقمح فان كان المراد هذا النص الذى فى البويطى فصحيح أنه يومئ إلى بيع الدقيق بالدقيق لكن يومئ أيضاً إلى بيعه بالقمح * وقال الشيخ أبو حامد انه حكاه فى البويطى ولم ينقل أنه ايماء فلعله فى مكان آخر لم أقف عليه بعد وكذلك القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والرافعى كلهم نقلوه عن البويطى وقاسه الرافعى بعد ان نقله عن البويطى والمزنى فى المنثور بيع الدهن بالدهن يجوز وان امتنع بيعه بالسمسم فكذلك هذا يجوز وان امتنع بيعه بالحنطة وهذا ينبهك على أن الخلاف

القبول لأنه شيء يحرم أخذه وعلى من أخذه رده (وقوله) ان الدعوى به لاتسمع ممنوع والتمرة الواحدة حيث لاقيمة لها من هذا القبيل وعن القاضى أن الخلاف فيها بالترتيب وهو أولى بالقبول وان لم يكن من جنس مايتمول فاما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة أولا يجوز (القسم الأول) الكلب المعلم والسرجين وجلد الميتة القابل للدباغ فى التفسير بها وجهان (أحدهما) لايقبل لأنها ليست بمال وظاهر الاقرار المال (وأصحهما) القبول لأنها أشياء يثبت فيها الحق والاختصاص ويحرم أخذها ويجب ردها ومن هذا القسم الخمر المحترمة والكلب القابل للتعليم ومثال الثانى الخمرة التى لاحرمة لها والخنزير وجلد الميتة والكلب الذي لامنفعة به ففى التفسير بها وجهان لكن الأصح ههنا المنع وهو الذى ذكره فى الكتاب لانه ليس فيه حق اختصاص ولا يلزم ردها (وقوله) على مقتضى ثبوت حق المقر له ولو فسره بوديعة قبل لأن عليه ردها عند الطلب وقد يتعدى فتكون مضمونة عليه وروى الامام رحمه الله وجهاً أنه لايقبل لأنها فى يده لا عليه ولو أقر بحق الشفعة يقبل ذكره القاضى الرويانى وبالعيادة

فى هذا مفرع على المشهور انه لايجوز بيع القمح بالدقيق أما على رواية الـكرابيسى إذا أثبتناها قولا فانه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لامحالة وقد أحاز الرويانى فى الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق إذا استويا في النعومة ونقله عن بعض أصحابنا وقال انه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبى حنيفة رضى الله عنه (واعلم) أن الأصحاب أطلقوا هذه الحـكاية عن الشافعى ولم يثبتوا اشتراط التساوى فى النعومة والخشونة وسيأتى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه و بعض أصحابنا أنه يشترط التساوى فى أحدهما وكلام الرويانى فى الحلية ذكر التساوى فى النعومة عن أبى حنيفه و بعض اصحابنا واختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء فى هذا أو فى هذا وهو الظاهر ويدل كلام الشـافعى المنقول عن المزنى والبويطى عليه لأنه لو اختلفا فـكان احدهما خشناً والآخر ناعماً لم تحصل المماثلة وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يجوز إذا كانا ناعمين أو خشنين وعبارة بعضهم يشترط تساويهما فى النعومة والخشونة ووافق على امتناع الناعم بالخشن قالوا نحن نعتبر المساواة حالة العقد وأنتم تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق وتارة فيما يكون كمسألة الرطب واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط واستدل أصحابنا بما تقدم فى بيع الدقيق بالقمح وقد وافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه هناك مع كون الحنطة والدقيق متساويين ووافقنا على امتناع الناعم بالخشن ولا متعلق فى أن بينهما مفاضلة فان ذلك منتقض بالحنطة إذا كان احداهما أفضل من الاخرى وقال أصحابنا إنما نعتبر المساواة حالة الادخار فحسب ثم ذلك يكون تارة فيما مضى وتارة فيما يكون ودليله ماتقدم في بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص بخلاف مااعتبروه قاله فيقال ون تساويا الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونهما حباً بأن يكون أحدهما من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة •

ورد السلام لايقبل لانه بعيد عن الفهم فى معرض الاقرار اذ لامطالبة بهما والاقرار فى العاده يجرى بما يطلب المقر ويدعيه قال فى التهذيب ولو قال له على حق قبل التفسير بهما وظني أن الفرق بينهما عسير وكيف لا والحق أخص من الشىء ويبعد أن يقبل تفسير الاخص بما لايقبل به الاعم و بتقدير ان يكون الأمر كما ذكره فينتقض التوجيه المذكور (وقوله) فى الكتاب لايقبل برد جواب السلام أخذ اللفظين من الرد والجواب كاف والآخر زائد ولو كان الاقرار بلفظ الغصب فقال غصبت منه شيئاً فما يقبل تفسيره فى الصورة السابقة يقبل ههنا بطريق الأولى إذا احتمله اللفظ وهذا القيد لتخرج الوديعة وحق الشفعة ويقبل أيضاً بالخمر والخنزير نص عليه فى الام لان الغصب لايقتضى الا الاخذ قهراً وليس فى لفظه مايشعر بالتزام وثبوت حق بخلاف قوله على ولو قال له عندى شىء فـكذلك يقبل التفسير بالخمر والخنزير على المشهور لانه شىء مما عنده وقال الشيخ أبو محمد لايقبل واختاره

﴿ فرع ﴾ قال الروياني بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق (قلت) وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عند الكلام علي بيع التمر المنزوع النوى والذى قاله الروياني هو قول القاضى حسين وصاحب التتمة ويمكن حمله على اللب المدقوق هو الذى يشبه الدقيق والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالي *

﴿ ولايجوز بيع حبه بسويقه ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه فى الدقيق ولأن النارقد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل ﴾*

﴿ الشرح ﴾ قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب السويق ضربان نقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام فى الماء ليبرد ثم يجفف ثم يقلي ويجرش والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلي ويجرش فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه فانه إذا قلي يكون أصغر جرما مما كان قبل ذلك وهذا الذى أراده المصنف بالعلة الثانية والعلة الأولى ظاهرة فانه بمنزلة الدقيق وان لم نلاحظ دخول النار فيه فهمادليلان جيدان وقياس قول أبي ثور أن يأتى ههنا فان اختلاف الاسم موجود وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحا وعن مالك أنهما يقولان لابأس به متفاضلا وأما قول أبي الطيب بن سلمة فى منقول الكرابيسى ان ثبت عن الشافعى فلا تتأتى هنا العلة الثانية وهى دخول النار وما ذكره هؤلاء الأئمة فى تفسير السويق مخالف للمعروف فى بلادنا اليوم وممن نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف كما ذكرهما الشيخ ابو حامد والقاضى ابو الطيب والمحاملي والماوردى وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين من

الامام وصاحب الكتاب ووجهوه بان قوله عندى يشعر بثبوت ملك أو حق وللاولين أن يمنعوا ذلك ويحتجوا عليه بانتظام قول القائل لفلان عندى خمر أو خنزير ثم لهم أن يدعوا مثل ذلك فى قوله غصبت من فلان *

قال ﴿ ثم ان امتنع عن التفسير حبس إلى أن يفسر على رأى * وجعل ناكلا عن اليمين على رأى حتى يحلف المدعي * فلو فسر بدرهم فقال المدعى بل أردت عشرة لم يقبل دعوى الارادة بل عليه أن يدعي نفس العشرة * والقول قول المقر فى عدم الارادة وعدم اللزوم ﴾*

عرفت أنه بم يقبل تفسير الاقرار بالشئ وبم لايقبل وفى الفصل وردت مسألتان لااختصاص لهما بلفظ الشئ بل يعمان سائر المبهمات وانما أوردهما فى هذا الموضع لان الاقرار بالشئ أول ماذكره من الاقارير المجملة (المسألة الأولى) اذا اقر بمجمل وطالبناه بالتفسير فامتنع ففيه ثلاثة أوجه جمعها الامام رحمه الله اظهرها انا نحبسه حبسنا إياه اذا امتنع من أداء الحق لان التفسير والبيان حق واجب (والثانى) أنه لايحبس بل ينظر ان وقع الاقرار المبهم فى جواب دعوى وامتنع عن التفسير جعل

الخراسانيين ونقل القاضي أبو الطيب والمحاملي المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة عن نصه في الصرف وقال الامام ان ابن مقلاص حكي أن الشافعي جعل السويق مخالفاً لجنس الحنطة فانه يخالفها في المعني والدقيق مجانس للحنطة فانه حنطة مفرقة الاجزاء واعلم أن السويق في بلادنا اسم (١) وكذلك قال ابن الرفعة في الكفاية لما حكى ماقاله أبو الطيب ان ذلك مخالف لما نعرفه في بلادنا وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلا ففرق في ذلك بين السويق والدقيق وهو قول الليث بن سعد وأبي يوسف وروى أبو يوسف ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه وروى عنه أنه لايجوز واحتج من جوزه أن السويق صار بالصنعة جنساً آخر فصار بمنزلة بيع جنس بجنس آخر ونقض أصحابنا ذلك بالحنطة بالدقيق وتمسكوا باعتبار حالة الادخار *

﴿فرع﴾ بيع السويق بالدقيق عندنا لايجوز لانه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمي فلم يجز كما لو كان أحدهما أخشن من الآخر صرح به جماعة من الأصحاب منهم الماوردي والقاضي حسين وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان (أشهرهما) أنه لايجوز وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلا بكيل وعن مالك وأبي يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلا لأنهما جنسان لأنه لوحلف لايأ كل دقيقاً فأكل سويقاً لم يحنث ونقله ابن المنذر عن أبي ثور أيضاً وما ذكره منتقض بانواع التمر كالمعقلي والبرني *

(١) بياض بالأصل فحرر

ذلك انكاراً منه وتعرض عليه اليمين فان أصر جعل نا كلا عن اليمين وحلف المدعى وان أقر ابتداء قلنا للمقر له ادعى عليه حقك فاذا ادعاه وأقر بما ادعاه أو أنكر فذاك وأجرينا عليه الحكم وان قال لاأدرى جعلناه منكراً فان أصر جعلناه نا كلا وذلك انه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير حبس لايحبس (والثالث) عن حكاية صاحب التقريب انه ان أقر بغصب وامتنع من بيان المغصوب حبس وان أقر بدين مبهم فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني وذكر أبو عاصم العبادى أنه إذا قال على شيء وامتنع من التفسير لم يحبس وان قال على ثوب أو فضة ولم يبين يحبس وأشار من شرح كلامه إلى أن الفرق مبني على قبول التفسير بالخمر والخنزير فانه لايتوجه بذلك مطالبته وحبسه (الثانية) إذا فسر اقراره المبهم بتفسير صحيح وصدقه المقر له فذاك والا فليبين جنس الحق وقدره وليدعيه والقول قول المقر في نفيه ثم لايخلو اما أن يكون ما ادعاه من جنس مافسره المقر أو من غير جنسه فان كان من جنسه كما إذا فسر اقراره بمائة درهم وقال المقر له لى عليه مائتان فان صدقه على ارادة المائة فهى ثابتة بالاتفاق ويحلف المقر على نفي الزيادة ولو قال أراد به المائتين حلف المقر على أنه ماأراد مائتين وليس عليه إلا مائة ويجمع بينهما في يمين واحدة وعن ابن المرزبان أنه لابد من يمينين والمشهور الأول فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين ولا يحلف على الارادة لأنه لايطلع

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ ولا يجوز بيع خبزه لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل ولان الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوى بينهما ﴾•

﴿ الشرح ﴾ نص الشافعي رضى الله عنه فى البويطى على أنه لايجوز بيع الخبز بالحنطة ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن نصه في الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردى والقاضي حسين والرافعي وغيرهم للعلتين اللتين ذكرهما المصنف وهما فى الحقيقة متحدتان لأن مخالطة الماء ودخول النار كل منهما صالح لأن يكون علة للبطلان وحده • قالوا وربما خلط فى الخبز أيضاً بورق ولما نقل الامام رواية ابن مقلاص وجعلها فى أن السويق مخالف للحنطة والدقيق مجانس لها قال وعلى هذا الخبز خلاف الحنطة ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضا فاقتضى هذا الكلام اثبات خلاف فى بيع الخبز وحكى عن أصحاب أبى حنيفة أنهم قالوا يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وهو قياس قول أبى ثور كما قاله فى الحنطة بالدقيق •

﴿ فرع ﴾ وبيع الدقيق بالخبز لايجوز وممن صرح به بخصوصه الفوراني وقد تقدم ماقلناه من كلام الامام وكذلك نقل المنع فى ذلك ابن المنذر عن الشافعي ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبى ثور واسحق وسفيان الثوري جوازه وقال احمد لايعجبني •

عليها بخلاف ماإذا مات المقر وفسر الوارث وادعى المقر له زيادة حيث يحلف الوارث على نفي زيادة الموروث لأنه قد يطلع من حال مورثه على مالا يطلع عليه غيره قال صاحب التهذيب ومثله لو أوصى بحمل ومات فبينه الوارث فزعم الموصي له أنه أكثر يحلف الوارث على نفى العلم باستحقاق الزيادة ولا يتعرض للارادة والفرق أن الاقرار اخبار عن سابق وقد يعرض فيه اطلاع والوصية انشاء أمر على الجهالة وبيانه اذا مات الموصى إلى الوارث وان كان ما ادعاه من غير جنس مافسر به المقر نظر ان صدقه فى الارادة وقال ليس لى عليه مافسر به إنما لى عليه كذا بطل حكم الاقرار برده وكان مدعياً فى غيره وان كذبه فى دعوى الارادة وقال إنما أراد مادعيته حلف المقر على نفى الارادة ونفى مادعيه ثم إن كذبه فى استحقاق المقر به بطل الاقرار فيه والا ثبت ولو اقتصر المقر على نفى دعوى الارادة وقال ماأردت بكلامك مافسرته وانما أردت كذا اما من جنس المقر به أو من غيره لم يسمع منه ذلك لأن الاقرار والارادة لايثبتان حقاً له بل الاقرار اخبار عن حق سابق وعليه أن يدعى الحق لنفسه وقال الامام وفيه وجه ضعيف أنه تقبل دعوى الارادة المجردة وهو كالخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم هل تسمع منه أم عليه أن يدعى بعين الألف (وقوله) فى

﴿ فرع ﴾ قال الرافعى يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منهامن المطعومات بالنخالةلأنها ليس مال ربا وقيل الروياني بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق وهذا هو المراد وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيهما شيء لب قاله فى التتمة والبحر قال فى البحر لأنه نخالة وقال فى تعليق القاضى حسين فى أحد الوجهين وان كان لايجوز السلم فيها ولذلك يجوز بيع المسوسة التى لالب فيها بغير المسوسة قاله فى (١) والبحر أيضاً ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قيمة والا فيمتنع بيعها مطلقاً وقال الامام ان الحنطة المسوسة إذا قربت من المفقودة ظاهر قول الأئمة جواز بيع بعضها ببعض وانما راعوا فى هذه طرد النظر إلى طرد القول فى الجنس لعسر النظر فى تفصيل الحنطة التي تمادى زمان احتكارها ولعل هذا قبل أن تتآكل فأما إذا تآكلت وخلت أجوافها ففيهما نظر عندنا فان الأئمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة والمسوسة هى التى بدا التآكل فيها والقياس القطع بالمنع إذ الحنطة المقلية لايباع بعضها ببعض لما فيها من التجافى الحاصل بالقلى انتهى واذا تأملت ما قاله الامام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا البتة بخلاف ماقاله المتولى والرافعي والتحقيق فى ذلك انه ان فرضت المسوسة لاشىء فى جوفها البتة فهذه مخالفة ولا ربا فيها وان فرض أن السوس كثير فيها بحيث قربت

(١) بياض بالاصل فحرر

الكتاب لم تقبل منه دعوى الارادة بل عليه أن يدعى نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الارادة لا التفات اليها أصلا وليس كذلك وانما المراد أنها وحدها غير مسموعة فأما إذا ضم اليها دعوى الاستحقاق فيحلف المقر على نفيهما على التفصيل الذى تبين الذى اتفقت النقلة عليه ويدل عليه من لفظ الكتاب قوله والقول قول المقر في نفى الارادة و فى اللزوم ولكن فيه كلام وهو انا حكينا فى البيع وجهين وهو أن المشترى إذا ادعى عيباً قديماً بالمبيع وقال البائع بعته أو قبضته سليما يلزمه أن يحلف كذلك أم يكفيه الاقتصار على أنه لايستحق به الرد فليجئ ههنا وجه أنه يكفيه نفس اللزوم ولا يحتاج إلى التعرض للارادة *

﴿ فرع ﴾ لو مات المبهم قبل التفسير طولب به الوارث فان امتنع فقولان (أحدهما) أنه يوقف مما ترك أقل مايتمول (وأظهرهما) أنه يوقف الكل لأن الجميع وان لم يدخل فى التفسير فهو مرتهن بالدين *

قال ﴿ الثانى إذا قال على مال يقبل بأقل مايتمول ولا يقبل بالكلب وجلد الميتة * والاظهر قبول المستولدة * ولو قال مال عظيم أو نفيس أو كثير أو مال وأى مال كان كما لو قال مال وحمل على عظم الرتبة بالاضافة * فلو قال مال أكثر من مال فلان أو مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره بما دونه * ومعناه أن الدين أكثر بقاء من العين أو الحلال أكثر من الحرام ﴾ *

من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف في الدقيق فيمتنع بيع بعضها ببعض وان فرض أنه كما بدا التأكل فيها الذى لايحصل معه تفاوت غالباً فيصح وتكون كالحنطة التى قد طال احتكارها وينزل كلام الامام وما نقله عن الأئمة على هذا والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع خبزه بخبزه لان مافيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل فمنع جواز العقد ﴾*

﴿ الشرح ﴾ المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين فلا يجوز قال الشيخ أبو حامد بلاخلاف على المذهب لما ذكره المصنف ولان أصل ذلك الكيل ولا يمكن اعتبار الكيل فيه * وافق الأصحاب علي ذلك القاضي أبو الطيب والمحاملى والماوردى والقاضي حسين والرافعى * ومن وافق الشافعى علي ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر ونقل عن مالك انه إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن وبه قال الأوزاعى وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة رضى الله عنه أنه لا بأس به قرصاً بقرصين ولذلك إذا كان أحدها ليناً والآخر يابساً لايجوز أيضاً وممن صرح به ابن الصباغ فى الشامل والجرجانى في البلغة والشافى ولك أن تدرجه فى كلام المصنف رحمه الله تعالى فانه أطلق المنع فى الخبز بالخبز ثم ذكر بعد هذا الخلاف فى الجافين خاصة كما سيأتى فكان ماسوى ذلك

فى الفصل ثلاث صور (أحدها) اذا قال له على مال قبل تفسيره بأقل مايتمول ولا يقبل بما ليس بمال كالكلب وجلد الميتة والوجه القبول بالتمرة الواحدة ولو كان بحيث يكثر التمر وتوجيهه أنه مال وان لم يتمول فى ذلك الموضع هكذا يذكره العراقيون ويقولون كلما يتمول مال ولا ينعكس وتلتحق الحبة من الحنطة بالتمرة الواحدة وفى قبول التفسير بالمستولدة وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد (أظهرهما) وهو اختيار الشيخ القبول لأنه ينتفع بها وتستأجر وان كانت لاتباع وان فسر بوقف عليه فيشبه أن يخرج على الخلاف فى أن الملك فى الوقف هل للموقوف عليه (الثانية) اذا قال على مال عظيم أو كبير أو كثير أو جليل أو نفيس أو خطير أو غير تافه أو مال وأى مال قبل تفسيره بأقل مايتمول لأنه يحتمل أن يريد به عظيم خطره بكفر مستحله أو وزر غاصبه والخائن فيه وقد قال الشافعى رضى الله عنه أصل ماأبنى عليه الاقرار أن لا الزم الا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لايقبل فى العظيم والكثير بأقل من عشرة دراهم ويروى مائتا درهم وساعدنا فى الجليل والنفيس والخطير وعن مالك رحمه الله أنه لايقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القاضى الحسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون لوصفه بالعظيم فائدة واكتفي بعضهم بالعظيم من حيث

مندرجاً فى كلامه والله أعلم * وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين لان معظم منفعتهما فى حال رطوبتهما فصار كاللبن باللبن وفرق أصحابنا بالتفاوت فى حال الكمال والادخار فانه موجود فى الخبز بخلاف اللبن ولو كان الخبزان من جنسين جاز يداً بيد صرح به الصيمرى فى الكفاية والماوردي فى الحاوي ولم يلاحظا ما فيه من الماء والملح لاستهلاكه وليس ذلك من صورة مد عجوة الممتنعة كما تقدم التنبيه عليه أنه إذا بيع الشيء بغير جنسه كالقمح بالشعير وفى كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح وان كان ذلك مؤثراً فى التماثل وحكي ابن الرفعة عن القاضى حسين ان الأصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح لان ذلك مستهلك فيهما قال ابن الرفعة وهذا الخلاف الذى اقتضاه كلام القاضى لاوجه له والصواب الجزم كما فى القمح بالشعير إذا كان فى كل منهما شى لايقصد من الآخر والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان جفف الخبز وجعل فتيتاً و بيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان (أحدهما) لايجوز لانه لايعلم تساويهما فى حال الكمال فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب (والثانى) أنه يجوز لانه مكيل مدخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر ﴾ *

الجرم والجثة ولو قال على مال قليل أو حقير أو خسيس أو طفيف أو تافه أو نذر أو يسير فهو كما لو قال مال وتحمل هذه الصفات على استحقار الناس إياه أو على انه فان زائل فكثيره بهذا الاعتبار قليل وقليله بالاعتبار الأول كثير (وقوله) فى الكتاب وحمل على عظم الرتبة بالاضافة إلى أحوال الناس وطباعهم فقد يستعظم الفقير مايستحقره السرى (الثالثة) قال لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره باقل مايتمول وان كثر مال فلان لانه يحتمل أن يريد به انه دين لايتطرق اليه الهلاك وذلك عين متعرض للهلاك أو يريد أن مال زيد على حلال ومال فلان حرام والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام وكما أن القدر مبهم فى هذا الاقرار فكذلك الجنس والنوع مبهمان ولو قال له على أكثر من مال فلان عدداً فالابهام فى الجنس والنوع ولو قال له على من الذهب أكثر مما لفلان فالابهام فى القدر والنوع ولو قال من صحاح الذهب فالابهام فى القدر والنوع ولو قال من الذهب فالابهام فى القدر وحده ولو قال لزيد على أكثر مما شهد به الشهود على فلان قبل تفسيره باقل مايتمول أيضاً لاحتمال أن يعتقد أنهم شهدوا زوراً ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قال أكثر مما قضى به القاضى على فلان فوجهان (أحدهما) أنه يلزمه القدر الذي قضي به لأن قضاء القاضي محمول على الصدق والحق (وأظهرهما) أنه كما قال أكثر مما شهد به الشهود لأن قضاء القاضى قد يستند إلى شهادة الزور والحكم الظاهر لايغير ماعند الله تعالى ولو قال لفلان على أكثر مما فى يد فلان قبل تفسيره

﴿ الشرح ﴾ القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي ونصر المقدسي وابن الصباغ وحكاهما الماوردي وجهين وعن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ قول المنع إلى نصه في الصرف وعزاه المحاملي الى الام وعزاه الروياني الى عامة كتبه وأما قول الجواز فرواه القاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والروياني عن رواية حرملة قال الرافعي ورواه الشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلاص (قلت) ونقله القاضي حسين عن القديم وفرضه في الكعك المدقوق بالكعك المدقوق وقال ولعله انما جوز ذلك رخصة للمساكين لانه أغلب قوتهم وزادهم وأما رواية القاضي حسين هذه فيحتمل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرملة ولا يلزم طردها في الحب كما قال القاضي ولا في غير الشعير وأما رواية حرملة ونقل الشيخ أبي عاصم لها عن ابن مقلاص فان كان ابن مقلاص هو عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلاص فلا تنافي فانه توفي سنة خمس وثمانين ومائتين ولم يدرك الشافعي فلعله من الرواة عن حرملة هذا ان كان المراد بابن مقلاص عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه المذكور وهو الذي قاله في طبقات الفقهاء المنسوبة لابن الصلاح والنووي ونسب الرواية المذكورة اليه وقال النووي في تهذيب الأسماء وان كان أبوه عبد العزيز هو المراد وهو الأقرب فانه صاحب الشافعي وممن روى عنه فلعله وحرملة كلاهما روياه وجعل إمام الحرمين رواية ابن مقلاص أنه يجوز بيع الحنطة

باقل مايتمول كما لو قال من مال فلان ولو قال له علي أكثر مما في يد فلان من الدراهم لايلزم التفسير من جنس الدراهم لكن يلزمه بذلك العدد من أي جنس شاء وزيادة بأقل مايتمول هكذا ذكره في التهذيب لكنه يخالف ماسبق من وجهين (أحدهما) التزام ذلك العدد (والثاني) التزام زيادة عليه فان التأويل الذي تقدم الأكثرية يتبعهما جميعاً ولو قال علي من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم وكان في يد فلان ثلاثة دراهم فجواب صاحب التهذيب أنه يلزمه ثلاثة دراهم وزيادة باقل ما يتمول (والأظهر) مانقله الامام رحمه الله وهو أنه لايلزمه زيادة حملا للأكثر على ماسبق وحكى عن شيخه أنه لو فسر بما دون الثلاثة يقبل أيضاً ولو كان في يده عشرة دراهم وقال المقر لم أعلم وظننت أنها ثلاثة قبل قوله مع يمينه (وقوله) في الكتاب إذ الحلال أكثر من الحرام أي أكثر بركة أو رغبة وما أشبه ذلك *

قال ﴿ الثالث إذا قال له علي كذا فهو كالشيء * واذا قال كذا كذا درهم فهو تكرار * ولو قال كذا درهم (حو) يلزمه درهم واحد * وكذلك كذا وكذا (ح) درهم * ولو قال كذا وكذا درهماً نقل المزني رحمه الله قولين (أحدهما) أنه تفسير لهما فهما درهمان (ح) (والثاني) أنه درهم (ح و) واحد * وهذا في قوله درهماً بالنصب * وفي قوله درهم بالرفع الأصح انه درهم واحد ﴾ *

بالسويق وجعلهما جنسين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبز يخالف الحنطة وعلل الشيخ أبو حامد والفوراني المنع بأنه طعام وملح بطعام وملح وذلك لايجوز وهذا بعيد لأن مافيهما من الملح فى الكيل فهو كبيع القمح وفيه حبات شعير يسيرة وذكر المحاملي أن المعنى الذى علل به المصنف أصح لكنه جعل الأصل فى ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه نفسه وأما فى علته وهو قوله ﷺ « أينقص الرطب إذا جف » والصحيح من القولين الأول وهو أنه لايجوز وممن صحح ذلك المحاملي فى المجموع والماوردى ولولا أن الوجه الآخر مشهور من قول أصحابنا لكان عدمه أولى لمخالفته النص ومنافاة المذهب وكذلك قال في البحر انه المذهب قال وقال القفال يحتمل غير هذا على المذهب ولعل ذلك قول مرجوع عنه والجمهور على إثبات القولين وقال الفوراني من أصحابنا من جعل المسألة على قولين ومنهم من قال بل قول واحد لايجوز ولا يثبت عن الشافعي جواز ذلك وهذا كله إذا دق الخبز أما اذا كان جافاً غير مدقوق فلا يجوز كما اقتضاه كلام المصنف والأصحاب وبه صرح الروياني وأغرب الجرجاني في الشافي فقال انه يجوز بيع بالبيع ... على أصح القولين ان لم يكن فيه ملح وهذا مع غرابته وبعده محمول على ما إذا كان مدقوقا كما فرضه المصنف ليكون محل القولين والعمرانى فى تصحيحه الجواز وجزم بأنه لايجوز إذا كان فيهما أو فى أحدهما ملح وقد تقدم الكلام فيه مع الشيخ أبى حامد

إذا قال لفلان على كذا فهو كما لو قال شيء ويقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء ولو قال كذا كذا فهو كما لو قال كذا والتكرار للتأكيد لا التجديد ولو قال كذا وكذا فعليه التفسير بشيئين مختلفين أو متفقين يقبل كل واحد منهما فى تفسير كذا من غير عطف وكذا لو قال على شيء أو قال شيء وشيء ولو قال على كذا درهماً لزمه درهم واحد وكان الدرهم تفسيراً لما أبهم وفى النهاية أن عند أبى حنيفة رحمه الله يلزمه عشرون لأنه أول عدد مفرد ينتصب الدرهم المفسر عقبه وأن أبا إسحق المروزى وافقه فيما إذا كان المقر عارفا بالعربية وأجاب الأصحاب فى أن تفسير الألفاظ المبهمة لاينظر الى الأعراب ولا توازن المبهمات بالمبينات بدليل أنه لو قال على كذا درهم صحيح لايلزمه مائة درهم بالاتفاق وان كانت الموازنة المذكورة تقتضي لزوم مائة والتقييد بالصحيح لئلا يحمل على نصف درهم أو ثلث درهم لكن نقل البندنيجى ان الطحاوى حكى عن بعض أصحاب أبى حنيفة أنه يلزمه مائة درهم والمشهور أنه لايلزمه الا درهم واحد كما هو قولنا ولو قال كذا درهم من غير نصبه فالصحيح وكذلك وفيه وجه أنه يلزم بعض درهم وهو اختيار ابن الصباغ ولو قال كذا درهم بالرفع فلا خلاف أنه يلزمه درهم واحد ولو قال كذا درهم ووقف فهو كما لو خفض ولو قال كذا كذا درهما لم يلزمه أيضا الادرهم وقال أبو حنيفة رحمه الله يلزمه أحد عشر درهماً ووافقه أبو إسحق فى العالم بالعربية ولو قال كذا وكذا

وبيان أن ذلك لايضر لانه لايؤثر فى المكيال وأما قياسه على التمر فالفارق خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر أما إذا كان الخبزان من جنسين فانه يجوز لانه قد تقدم الجواز فى اللبنين المختلفى الجنس ففى اليابس أولى ولا يضر مافيهما من الملح لان ذلك غير مقصود بالمقابلة ومنعه من التماثل ان فرض غير ضار لاجل اختلاف الجنس بخلاف ما إذا كان الجنس متحداً على ماتقدم من علة الشيخ أبي حامد ﴿ فائدة ﴾ قال الامام بعد أن ذكر النصوص التى حكاها المزنى في المنثور وابن مقلاص والكرابيسى اتفق أئمة المذهب على أنها لاتعد من متن المذهب وانما هى ترددات جرت فى القديم وهي مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا *

﴿ فرع ﴾ لايجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلابية أو النشا أو الفتيت أو بشيء مما يتخذ منها ولا بيع شيء من هذه الاشياء بعضه ببعض كالعجين بالعجين والنشا بالنشا ولا بالنوع الآخر كالدقيق بالسويق صرح بهذه الأمثلة القاضى حسين والماوردى ونصر المقدسى وغيرهم كل منهم ببعضها ولا الحنطة بالفالوذج قال ابن عبد البر فى التمهيد أجمعوا على أنه لايجوز عندهم العجين بالعجين لا متماثلا ولا متفاضلا لاخلاف بينهم فى ذلك وكذلك العجين بالدقيق اذا طبخ العجين وصار خبزاً جاز بيعه عند مالك بالدقيق متفاضلا ومتساويا لان الصناعة قد كملت فيه وأخرجته

درهم أو درهم فكذلك لايلزمه إلا درهم ويجيء فى الخفض الوجه الذى مر ولو قال على كذا وكذا درهماً قال فى المختصر يعطيه درهمين لأن كذا يقع درهم يعنى لما وصل الخمس بالدرهم كان كل واحد من المعطوف والمعطوف عليه واقعاً على درهم وكناية عنه هكذا قال المزنى وقال فى موضع آخر إذا قال على كذا وكذا درهماً قيل إعطه درهماً أو أكثر من قبل ان كذا يقع على أقل من درهمين (وقوله) أو أكثر إذا فسر بأكثر من درهم لزمه والا فالدرهم تعيين هذا مانقله المزنى واختلف الاصحاب فى المسألة على طريقين (أشهرهما) أنه على قولين وبه قال ابن خيران وأبو سعيد (وأصحهما) أنه يلزمه درهمان لأنه أقر بجملتين مبهمتين وعقبهما بالدرهم منصوباً والظاهر كونه تفسيراً (والثانى) وهو اختيار المزنى أنه لايلزمه الا الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم وحينئذ يكون المراد من كل واحد نصف درهم ومنهم من زاد قولا ثالثاً وهو أنه يلزمه درهم وشيء فاما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية وأما الشيء فلأن الأولى باقية على ابهامها وهذا ينطبق على رواية من روى اعطه درهم وأكثر (والطريق الثانى) وبه قال أبو اسحق القطع بأنه يلزمه درهمان واختلفوا فى نقل المزنى والتصرف فيه من وجوه (أحدها) حمل مانقل عن موضع آخر على ماإذا قال كذا وكذا درهم بالرفع كانه يقول وكذا والغرض أبهمته درهم (الثانى) أنه حيث قال درهمان أراد ماإذا أطلق اللفظ وحيث

فيما زعم أصحابه عن جنسه وقول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله في بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله ونقل العبدري عن مالك جواز بيع العجين بالخبز وكذا اللحم النيء بالمطبوخ *

﴿ فرع ﴾ لايجوز بيع الحنطة بالفالوذج نص عليه الشافعي والأصحاب قال الشيخ أبو حامد وغيره ان الفالوذج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعاماً وغيره بطعام ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من المأكول لايجوز بيعه بالمأكول نقله أبو الطيب عنه في الصرف وهي قاعدة متفق عليها بين الأصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلابية والهريسة *

﴿ فرع ﴾ نقل ابن عبدالبر عن الشافعي لايجوز بيع الشبرق بالشبرق *

﴿ فرع ﴾ وهذا كله في الجنس الواحد وأما عند اختلاف الجنس فجائز يجوز بيع البر بدقيق الشعير ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلا يداً بيد صرح به القاضي حسين والماوردي وغيرهما وكذلك على المشهور في أن الأدم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضي حسين وكذلك خبزالبر بخبز الشعير جزم به الماوردي ولم يلاحظوا مافي الخبز من الماء والملح فيخرجوه على قاعدة مد عجوة لانه مستهلك فيه لا اعتبار به وفي تعليق القاضي حسين أن ذلك هو الصحيح وان فيه وجهان أنه لايجوز *

قال درهم أراد به ماإذا نواه ويصرف اللفظ عن ظاهره بالنية (والثالث) أنه حيث قال درهم أراد ماإذا قال كذا وكذا درهم فشك ان الذي يلزمه شيئان أو شيء واحد (والرابع) أنه حيث قال يلزمه درهم صور فيما إذا قال كذا وكذا درهما وقال أبو حنيفة رحمه الله يلزمه احد وعشرون درهما للموازنة السابقة وبه قال أبو اسحق في العارف بالعربية وخصص اختلاف الطرق وتفرق الأصحاب بغيره ولو قال كذا وكذا درهم بالرفع فطريقان (أحدهما) طرد القولين لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وان أخطأ في اعراب التفسير (وأصحهما) القطع بانه لايلزمه الا درهم واحد لما سبق وكذا لو قال كذا وكذا درهم بالخفض لم يلزمه الا واحد ويمكن أن يخرج ما سبق أنه يلزمه شيء وبعض درهم أولا يلزمه الا بعض درهم ولو قال كذا وكذا وكذا درهما (فان قلنا) لو ذكر مرتين لزمه درهمان فههنا يلزمه ثلاثة (وان قلنا) يلزمه درهم فكذلك ههنا واذا عرفت ماذكرناه أعلمت قوله ثم كذا درهماً يلزمه درهم - بالحاء والواو - كمذهب اليه أبو اسحق وكذا قوله وكذا كذا كذا درهماً ويجوز اعلام قوله فهما درهمان وقوله أنه درهم في مسألة كذا وكذا درهما بهما أيضاً (وقوله) وهذا في قوله درهما بالنصب أي موضع القولين ذلك فاما اذارفع فاصح الطريقين القطع بلزوم درهم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والعنب بالعصير لانه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به ﴾*

﴿ الشرح ﴾ امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب وكذلك كل دهن بأصله والعنب بعصيره سواء كان العصير مثل مافي الأصل أو أكثر منه أو أقل وأصل ذلك قاعدة مد عجوة وذلك المأخذ ظاهر في السمسم بالشيرج وفي السمسم بشيرج وكسب وهما مقصودان وأما العنب فالتفل الذي يبقى بعد العصير فان السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقصودان فيكون بيعه

قال ﴿ ولوقال على الف ودرهم فالألف مبهم وله تفسيره بما شاء بخلاف مالو قال الف وخمسة عشر درهماً أو الف ومائة وخمسة وعشرون درهماً فان الدرهم لم يثبت بنفسه فكان تفسيراً للكل ولو قال درهم ونصف ففي النصف خلاف ﴾*

اذا قال لفلان على الف ودرهم أو دراهم أو الف وثوب أو الف وعبد فهذا عطف مبين على مبهم فله تفسير الألف بغير جنس المعطوف وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان المعطوف مكيلا أو موزونا أو معدوداً يفسر الألف به وان كان متقوماً كالثوب والعبد بقي على ابهامه * لنا القياس على ماسلمه وعن مالك رحمه الله مثل مذهبنا * واختلف أصحاب أحمد فمنهم من ساعدنا ومنهم من قال يفسر بالمعطوف بكل حال * ولوقال خمسة عشر درهماً فالكل دراهم لأنه لاعطف وانما هما اسمان جعلا واحداً فالمذكور تفسير له ولو قال خمسة وعشرون درهماً فظاهر المذهب ان الكل دراهم لأن لفظ الدراهم فيه لايجب به شيء زائد بل هو تفسير لبعض الكلام والكلام يحتاج الى التفسير فيكون تفسيراً للكل وقال ابن خيران والاصطخري الخمسة مجملة والعشرون مفسرة بالدراهم لمكان العطف وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسة وعشرون درهما وقوله الف ومائة وخمسة وعشرون درهماً والف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنانير وقوله مائة ونصف درهم * ولو قال درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف فوجهان أيضاً (قال) الاصطخري وجماعة من الأصحاب النصف مبهم لأنه معطوف على ماتقدم مفسر به فلايتأتي فيه (وقال) الأكثرون الكل دراهم لجريان العادة به حتى انه من قال درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلا منه زائداً على قدر الحاجة * ولو قال نصف ودرهم فالنصف مبهم ولو قال مائة وقفيز حنطة فالمائة مبهمة بخلاف قوله مائة وثلاثة دراهم لأن الدراهم تصلح تفسيراً للكل والحنطة لاتصلح تفسيراً للمائة لأنه لايصلح أن يقال مائة حنطة ولو قال على الف درهم برفعهما وتنوينهما فسر الألف بما لاتنقص قيمته عن درهم كأنه قال الألف مما قيمة الألف منه درهم *

بالشيرج من قاعدة مد عجوة والعنب كذلك فيه مائية وغيرها وهما مقصودان وان كان بعد العصير لايبقى التفل مقصوداً والمصنف عالم بمعنى يشمل ما يكون المقصود منه منحصراً فى دهنه وعصيره ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزآه مقصودان بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والكسب لايجوز ذكره القاضي حسين وكذلك بيع دهن الجوز بلبه ذكر القاضي حسين أنه يجوز وهكذا دهن اللوز بلبه يجب أن لايجوز ورأيت فى تعليق القاضي حسين أنه يجوز وهو محمول على غلط النسخة التى رأيتها بيع الزيت بالزيتون وقد صرح بمنعه فى تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة وغيره والحاوى وعلله بأن فيه مائية فالتماثل معدوم وقال ابن أبي هريرة وغيره عند أهل العراق ذلك جائز إذا كان الزيتون أكثر من الزيت قال وهذا

قال ﴿ الرابع إذا قال على درهم يلزمه درهم فيه ستة دوانيق عشرة منه تساوى سبعة مثاقيل وهى دراهم الاسلام * فان فسر بالناقص فى الوزن متصلا قبل (ح) * وان كان منفصلا لم يقبل إلا إذا كان التعامل به غالباً ففيه وجهان * وعليه يخرج التفسير بالدراهم المغشوشة * ولو فسر بالفلوس لم يقبل بحال * وكذا لو قال على دريهمات أو دراهم صغار وفسر بالناقص لم يقبل * ولو قال على دراهم يلزمه ثلاثة ﴾*

ذكرنا فى الزكاة ان الدرهم الاسلامي المعتبر به نصب الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل وكل واحد منها ستة دوانيق ونزيد الآن ان كل دانق ثمان حبات وخمسا حبة فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسى حبة والمراد من الحبة حبة الشعير المتوسطة التى لم تقشر لكن قطع من طرفيها مادق وطال والدينار اثنان وسبعون حبة منها كذا نقل عن رواية أبي عبيد القاسم وحكاه الخطابى عن ابن سريج وفى حلية الرويانى ان الدانق ثمان حبات فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعون حبة * إذا عرفت ذلك ففى الفصل مسائل (احداها) إذا قال على درهم أو الف درهم ثم قال وهى ناقصة فدراهم طبرية الشام الواحد منها أربعة دوانيق فأما أن يتفق الاقرار فى بلد دراهمه تامة أو بلد دراهمه ناقصة ان كان الأول فاما أن يذكره منفصلا أو متصلا فان ذكره متصلا فطريقان (أصحهما) القبول كما لو استثنى وكانه استثنى من كل درهم دانقين (والثانى) وبه قال ابن خيران أنه على قولين بناء على أن الاقرار هل يتبعض وقد يوجه القبول بما سبق والمنع بأن اللفظ صريح فيه وما كل لفظ يتضمن نقصانا يصلح للاستثناء ألا ترى أنه لو قال على الف بل خمسمائة يلزمه الألف وان ذكره منفصلا لم يقبل وعليه وزن درهم الاسلام إلا أن يصدقه المقر له لأن لفظ الدراهم صريح فى القدر المعلوم وعرف البلد مؤيد له واختار الرويانى أنه يقبل لأن اللفظ محتمل له والأصل براءة الذمة وحكاه عن جماعة من

خطأ والا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رقيق النوى متفاضلا و بيع طحين السمسم بطحين السمسم وفيهما الشيرج لايجوز جزم به ابن أبي هريرة والماوردي و بيع الكسب إذا كان علفاً للدواب مثل كسب القرطم جازمتماثلا ومتفاضلاقاله ابن أبي هريرةوان كان يأ كله الناس جاز وكيل فأماموازنةوفصل ابن أبي هريرة فقال يجوز جافاً كيلا بكيل ولا يجوز وزناً ولا قبل الجفاف لأن أصله الكيل وأطلق الماوردي المقل عن ابن أبي هريرةفقال حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وانه جوز بيع الكسب بالكسب وزناً ثم رد عليه وقال لايجوز بيعه لأمور لأن أصله الكيل و يختلف عصره فربما بقي من دهن أحدهما أكثر من الآخر وان الكسب ماء وملح وذلك يمنع المماثلة وألزمه في ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمسم بمثله والذي رأيته في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة ماحكيته أولا فحينئذ لايرد عليه إلا كونه فيه ماء وملح وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف ومافيه من الملح لايضر كالخبز

الأصحاب وهو غريب وان كان الثاني فان ذكره متصلا قبل لان اللفظ والعرف يصدقان وان ذكره منفصلا فوجهان (أحدهما) لايقبل و يحمل مطلق قراره على وزن الاسلام وهذا كما أن نصب الزكاة لاتختلف باختلاف البلاد (وأظهرهما) وهو المحكي عن نصه أنه يقبل حملا لكلامه على نقد البلد لأن للعرف أثراً بينا في تقييد الألفاظ باهل العرف وصار كما في المعاملات ويجري الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن دراهم الاسلام مثل غزنة انه يحمل اقراره على دراهم البلد أو على دراهم الاسلام (ان قلنا) بالأول فلو قال عنيت دراهم الاسلام منفصلا لم يقبل وان قاله متصلا ففيه الطريقان السابقان (والأصح) القبول مطلقاً وقد ذكرنا فيه خلافاً إذا كان الاقرار في بلد وزن دراهمه كامل (وقوله) وان كان منفصلا لم يقبل يجوز اعلامه - بالواو - كما قاله الروياني (الثانية) الدراهم عند الاطلاق إنما تستعمل في النقرة فلو أقر بدراهم وفسرها بالفلوس لم يقبل والتفسير بالدراهم المغشوشة كالتفسير بالناقصة لأن نقرتها لاتبلغ وان الدراهم فيعود فيه التفصيل المذكور في الناقصة ولو فسر بجنس ردئ من الفضة أو قال أردت من سكة كذا وهي غير جارية في تلك البلد قبل كما لوقال على ثوب ثم فسره بجنس ردئ أو بما لا يعتاد أهل البلد لبسه و يخالف مالو فسر بالناقصة لأنه يرفع شيئاً مما أقر به وههنا بخلافه و يخالف البيع حيث يحمل على سكة البلد لان البيع انشاء معاملة والغالب أن المعاملة في كل بلد تقع بما يروج فيها و يتعامل الناس بها والاقرار اخبار عن سابق ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة وربما ثبت بغيرها فوجب الرجوع إلى ارادته ولأنه لابد من صيانة البيع عن الجهالة والحمل على مايروج في البلد اصلح طريق تنتفي به الجهالة والاقرار لاتجب صيانته عن الجهالة وقال المزني لايقبل تفسيره بغير سكة البلد وحكاه الشيخ أبو حامد عن غيره من الأصحاب (الثالثة) اذا قال على درهم أو دريهمات أو درهم صغير أو دراهم صغار ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الامام رحمه الله وصاحب الكتاب أنه كما لو

الجاف فقد اختار الماوردى فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما والرافعى لايلزمه ذلك لأنه صحح فى مسألة الخبز الجاف أنه لايجوز بيع بعضه ببعض و بيع التمر بعصير الرطب لايجوز قاله الروياني فكذلك بالخل من الرطب (قلت) وعلى قياس ذلك بيع العنب بخل الزبيب لايجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشيرج لايجوز. وكذلك لايجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعى ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي قال الرافعي وذكر الامام اشكالاً وطريق حله أما الاشكال فهو ان السمسم جنس فى نفسه لأنه دهن وكسب واللبن جنس فى نفسه لا انه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم بالسمسم واللبن باللبن وان كان لايجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب و بيع السمن بالدهن كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وأما الحل فانه إذا قوبل السمسم بالسمسم واللبن باللبن فالعوضان

قال درهم أو دراهم فيعود فى التفسير بالنقص التفصيل السابق وليس التقييد بالصغر كالتقييد بالنقصان لان لفظ الدراهم صريح فى الوزن والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل ويجوز أن يكون بالاضافة الى الدراهم البغلية وساعدهما صاحب التهذيب على ماذكره فى الدريهم وقال فى قوله درهم صغير ان كان بطبرية لزمه نقد البلد وان كان ببلد وزنه وزن مكة فعليه وزن مكة وكذلك ان كان بغزنة ولك أن تقول الجواب فيما اذا كان بطبرية لايلائم الجواب فيما اذا كان بغزنة لأنه اما أن يعتبر اللفظ أو عرف البلد ان اعتبرنا اللفظ فيجب الوزن بالطبرية وان اعتبرنا عرف البلد فيجب نقد البلد نقرة وقال الشيخ أبو حامد ومن تابعه اذا قال دريهم أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية لأنها أصغر من دراهم الاسلام وهى أصغر من البغلية على مابيناه فى الزكاة فهى صغر الصغيرين باليقين فيؤخذ باليقين ولم يفرق بين بلدة و بلدة و يشبه أن يكون الاظهر من هذه الاختلافات ماتضمنه الكتاب ولانا لانفرق بين أن يقول مال و بين أن يقول مال صغير وكذلك فى الدراهم وهو ظاهر ماذكره فى المختصر ولو قال على درهم كبير فعلى قياس مافى الكتاب هو كما لو قال درهم ونقله الشيخ أبو حامد وهو أفتى وقال فى التهذيب ان كان ببلد وزنه وزن مكة أو طبرية لزمه وزن مكة وان كان بغيره لزمه من نقد البلد وفيه الاشكال الذى ذكرناه (الرابعة) عرفت أن قدر الدراهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد فاذا قال على دراهم يلزمه ثلاثة ولا يقبل تفسيره بأقل منها وكذلك لو قال علي دراهم كثيرة أو عظيمة ويجئ فيه الوجه المذكور فى المال العظيم والكثير ولو قال على أقل اعداد الدراهم لزمه درهمان لأن العدد هو المعدود وكل معدود متعدد فيخرج عنه الواحد ولو قال على مائة درهم عدداً لزمه مائة درهم بوزن الاسلام صحاح قال فى التهذيب ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانق وكذلك فى البيع ولا يقبل مائة من العدد ناقصة الوزن

متجانسان في صفتهما الناجزة فلا ضرورة إلى تقدير تفريق الأجزاء وتصوير ما يكون حينئذ واذا قوبل السمسم بالدهن فلا يمكننا جعل السمسم مخالفاً الدهن مع اشتمال السمسم على الدهن واذا ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة ولا شك أن مجانستهما فى الدهنية فنضطر إلى اعتبارها واذا اعتبرناها كان كل بيع دهن وكسب بدهن هكذا قال الامام وألم الماوردى بشيء من ذلك أيضاً وفى النفس وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية إلى تقدير لايدل عليه دليل (واعلم) أن هذه المسألة كالمجزوم بها فى المذهب وقال رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبي هريرة بعد أن قال ان بيع الدقيق بالحنطة لايجوز قال وكذلك الزيت بالزيتون وحكي الكرابيسى عن الشافعى أنه جائز وظاهر هذا الكلام أن منقول الكرابيسى عائد إلى المسألتين جميعاً وأكثر الأصحاب انما تلقوا حكاية الكرابيسى فى

الا أن يكون نقد البلد عدده ناقصة فظاهر المذهب القبول ولو قال على مائة عدد من الدراهم فههنا يعتبر العدد دون الوزن *

قال ﴿ ولو قال على من واحد إلى عشرة فالأصح أنه يلزمه تسعة وقيل ثمانية وقيل عشرة ولو قال درهم فى عشر ولم يرد الحساب لم يلزمه إلا واحد ﴾*

إحدي مسألتى الفصل إذا قال له على من درهم إلى عشرة ففيما يلزمه ثلاثة أوجه (أحدها) عشرة ويدخل الطرفان فيه كما يقال من فلان إلى فلان لايرضى أحد بكذا (والثانى) تسعة لأن الملتزم زائد على الواحد والواحد مبدأ العدد والالتزام فيبعد اخراجه عما يلزمه (والثالث) ثمانية ولا يدخل الطرفان كما لو قال بعتك من هذه الجدار إلى الجدار لايدخل الجداران فى البيع والأول أصح عند صاحب التهذيب وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون الأصح الثانى ووافقهم صاحب الكتاب واحتج له الشيخ أبو حامد بأنه لو قال لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة تدخل النخلة الأولى في الاقرار دون الأخيرة وما ينبغى أن يكون الحكم فى هذه الصورة كما ذكر بل هو كما لو قال بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار (وقوله) فى الكتاب ثمانية وعشرة معلمان بالحاء لأن مذهب أبى حنيفة رحمه الله كالوجه الثاني وبه قال أحمد رحمه الله *ولو قال على مابين درهم الي عشرة فالمشهور أنه يلزمه ثمانية توجيهاً بأن مابمعني الذى كأنه قال له العدد الذى يقع بين الواحد والعشرة وهو صريح فى اخراج الطرفين وذكره ابن الحداد حكاية عن نصه ونقل فى المفتاح عن نصه أنه يلزمه تسعة ووجه بأن الحد اذا كان من جنس المحدود يدخل فيه فيضم الدرهم العاشر إلى الثمانية وحكى أبو خلف السلمى عن القفال أنه يلزمه عشرة والمقصود بيان غاية ماعليه فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه كما فى الصورة الأولى ولم يفرقوا بين أن يقول مابين واحد الى عشرة و بين أن يقول مابين واحد وعشرة

الدقيق فان ثبت ذلك فى الزيت مع الزيتون فهو جار فى الشيرج مع السمسم وكل دهن مع أصله ووافقنا فى هذه المسألة وهى الشيرج بالسمسم والزيت والزيتون مالك وكذلك أبو حنيفة قال الا أن يعين يقينا ان مافي الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت قال ابن المنذر وقول الشافعى أصح وكذلك لايجوز العنب بالعصير ولا بالخل والدبس أو الناطف وغيرها مما يتخذ منه قاله القاضى حسين قال ابن حزم وما وجدنا عن أحد قبل مالك المنع من بيع الزيتون بالزيت ثم اتبعه عليه الشافعى وان كان لم يصرح به وفرق بينه و بين الرطب والتمر فان التمر هو الرطب بعينه إلا أنه يابس وكذلك العنب والزبيب بخلاف الزيت فانه شئ آخر غير الزيتون لكنه خارج منه خروج اللبن من الغنم والتمر من النخل و بيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف *

ور بما سووا بينهما و يجوز أن يفرق و يقطع بالثمانية فى الصيغة الأخرى (الثانية) اذ قال على درهم فى عشرة ان أراد الظرف لم يلزمه الا واحد وان أراد الحساب فعليه عشرة وان أراد المعية فعليه احد عشر درهماً وان أطلق لم يلزمه الا واحد أخذا باليقين وفيما اذا قال أنت طالق واحدة فى اثنتين فى قول آخر أنه يحمل على الحساب وان أطلق لأنه أظهر فى الاستعمال وذلك القول عائد ههنا وان لم يذكروه ولفظ الكتاب يفتقر الى تأويل لانه حكم بأنه لايلزمه الاواحد اذا لم يرد الحساب وله شرط وهو أنه لايريد المعية *

قال ﴿ الخامس اذا قال له عندى زيت فى جرة أو سيف فى غمد لايكون مقراً بالظرف (ح) * ولو قال له عندى غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يكن مقراً الا بالظرف * وعلى قياس ذلك قوله فرس فى اصطبل * وحمار على ظهره اكاف * وعمامة فى رأس عبد ونظائره * ولو قال له عندى خاتم وجاء به وفيه فص وقال ماأردت الفص فالظاهر انه لايقبل * ولو قال جارية فجاء بها وهى حامل ففى استثناء الحمل وجهان ﴾ *

الاضافة الى الظرف صور تبينها فصول هذا النوع والاصل المقرر فيها أن الاقرار بالمظروف لايقتضى الاقرار بالظرف و بالعكس أيضاً وأصل هذا الأصل البناء على اليقين فاذا قال لفلان عندى زيت فى جرة أو سيف فى غمد لايكون مقراً بالجرة والغمد وكذا لو قال ثوب فى منديل أو تمر فى جراب أو لبن فى كوز أو طعام فى سفينة لاحتمال أن يريد فى جرة او منديل لى وكذا لو قال غصبت زيتاً ثم رأيناه فى جرة لايكون مقراً الا بغصب الزيت ولو قال عندى غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت اوجراب فيه تمر فهو اقرار بالظرف دون المظروف وعلى هذا القياس اذا قال فرس فى اصطبل أو حمار على ظهره اكاف أودابة عليها سرج أوزمام أو عبد على رأسه عمامة أو فى وسطه منطقة أو فى رجليه خف فلا

﴿ فرع ﴾ حب البان بالسيخة وهي [1] نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك وقال لابأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور لابأس بالزيتون بالزيت والدهن بالسمسم والعصير بالعنب واللبن بالسمن *

﴿ فرع ﴾ بيع لب الجوز بالجوز جائز قاله القاضي حسين وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس و بيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز قال القاضي حسين الصحيح أنه لايجوز بعد ما جزم أولا بالجواز كما تقدم الساعة والخلاف الذي أشار اليه لاوجه له لانهما جنسان ولا اشتراك بينهما وهو كما قاله في بيع الرطب بخل العنب والعنب بخل الرطب وقد وقع البحث معه فيه ولا يجوز بيع الجوز بلبه قاله في التهذيب وهو ظاهر وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه حكم السمسم بالشيرج ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه *

(١) بياض بالاصل فحرر

يكون مقراً الا بالدابة والعبد وعند أبي حنيفة الاقرار بالظروف في الظرف يكون اقراراً بهما اذا كان مما يحرز في الظرف غالباً كالزيت في الجرة والتمر في الجراب دون الفرس في الاصطبل وقال صاحب التلخيص اذا قال عبد على رأسه عمامة أو عليه قميص أو في رجله خف فهو اقرار بما مع العبد لان العبد له يد على ملبوسه وما في يد العبد فهو في يد سيده فاذا أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير بخلاف المنسوب الى الفرس وعامة الاصحاب على أنه لافرق بينهما وذكر الامام رحمه الله أنه قال ذلك في التلخيص وفي المفتاح أجاب بما يوافق قول الجمهور وهو وهم بل جوابه في المفتاح كجوابه في التلخيص ولو قال عندي دابة مسرجة أو دار مفروشة لم يكن مقراً بالسرج ولا الفرش بخلاف ما اذا قال سرجها وفرشها و بخلاف ما لو قال ثوب مطرز لان الطراز جزء من الثوب ومنهم من قال ان ركب عليه بعد النسج فهو على وجهين نذكرهما في أخوات المسألة ولو قال فص في خاتم فهو اقرار بالفص دون الخاتم ولو قال خاتم فيه نص في كونه مقراً بالنص وجهان (أصحهما) ما ذكره في التهذيب أنه ليس بمقر لجواز أن يريد فيه نص لي فصار كالصورة السابقة (والثاني) أنه يكون مقراً بالنص لان النص من الخاتم حتى لو باعه دخل فيه بخلاف تلك الصورة ولو اقتصر على قوله عندي خاتم ثم قال بعد ذلك ما أردت النص فقد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين (أحدهما) أنه يقبل منه لان اسم الخاتم يطلق مع نزع الفص (وأصحهما) الذي ينبغي أن يقطع به أنه لايقبل لأن الفص متناول باسم الخاتم فهو رجوع عن بعض المقر به ولو قال حمل في بطن جارية لم يكن مقراً بالجارية وكذا لو قال نعل في حافر دابة وعروة على قمقمة ولو قال جارية في بطنها حمل أو دابة في حافرها نعل وقمقمة عليها عروة فوجهان كما في قوله خاتم فيه فص ويشبه أن يترتب الوجهان في مسألة الكتاب على الوجهين في صورة الحمل وهي ما اذا قال هذه الجارية لفلان وكانت حاملا

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه لانه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ﴾*

﴿ الشرح ﴾ عصير الشئ وعصارته ما انحلت منه ويقال العصير للعنب المعصور تقول عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير واعتصرته استخرجت مافيه وقيل عصرته اذا وليت ذلك بنفسك واعتصرته اذا عصر لك خاصة حكى ذلك ابن سيده قال الاصحاب العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك فاذا بيع بعضه ببعض فان كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب جاز متماثلا ومتفاضلا مطبوخاً ونيئاً وكيف كان يداً بيد وكذلك رب التمر برب العنب وعصير الرمان بعصير السفرجل وعصير التفاح بعصير اللوز نص الشافعي والأصحاب على جميع ذلك وهو يدل على أن العصير أجناس وهو المشهور وبه جزم المحاملى ولما حكى الرافعي الوجه البعيد فى أن الخلول والأدهان جنس واحد قال ويجرى مثله في عصير العنب مع عصير الرطب فعلى هذا لايجوز التفاضل بينهما ولكن هذا الوجه ان ثبت فهو بعيد مردود وهذا إنما نذكره تجديداً للعهد بالنسبة إلى من قد يغفل عنه ومقصود المصنف رحمه الله تعالى فى هذه المسائل كلها ليس إلا الجنس الواحد فاذا بيع العصير بالعصير من جنسه متماثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح وعصير السفرجل بعصير السفرجل وعصير الرمان بعصير الرمان وعصير الرطب بعصير الرطب وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه (قلت) هذا ذكر جماعة من الأصحاب عصير الرطب وظنى أن الرطب لاعصير له والكلام فى ذلك ان فرض وسيأتى تنبيه فى مسألة الخلول على ماوقع في كلام بعض

يتناول الاقرار الحمل فيه وجهان (أحدهما) نعم كما فى البيع وبه أجاب القفال (وأظهرهما) لا وله ان يقول لم أرد الحمل بخلاف البيع لأن الاقرار اخبار عن سابق وربما كانت الجارية له دون الحمل بان كان الحمل موصى به وسلم القفال أنه لو قال هذه الجارية لفلان إلا حملها يجوز بخلاف البيع (فان قلنا) الاقرار بالجارية يتناول الحمل ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة والا فيقطع بانه لايكون مقراً بالحمل كما إذا قال جارية فى بطنها حمل ولو قال ثمرة على شجرة لم يكن مقراً بالشجرة ولو قال شجرة عليها ثمرة فليرتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل فى مطلق الاقرار بالشجرة وهى لاتدخل بعد التأبير كما فى البيع وفى فتاوى القفال أنها تدخل وهو بعيد وقبل التأبير وجهان (أظهرهما) وهو الذى أطلقه فى التهذيب أنها لاتدخل أيضاً لأن الاسم لا يتناولها فى البيع والبيع ينزل على المعتاد وذكر القفال وغيره لضبط الباب أن مايدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الاقارير ومالا فلا قال القفال

الأصحاب فى خل الرطب مما يجب التنبيه عليه فان كانا مطبوخين اوأحدهما مطبوخاً فقد تقدم حكمه وأنه لايجوز وان كانا نيئين وهو مقصود المصنف جاز وبه جزم ابن القاص والشيخ أبوحامد والقاضى أبو الطيب والمحاملي والقفال والامام لما ذكره المصنف ولأن كمال منفعته فى تلك الحالة فانه يصلح لكل مايراد منه من الدبس والرب وغيرهما فكان كاللبن باللبن وحكى الرافعي وجهاً أنه لايجوز وان العصير ليس بحالة كمال والأصح عند الرافعى و (١) الأول قال القاضي حسين فى بيع العصير بالعصير يعني عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا إنه يجوز وفى الآن عندى أنه لالانهما ما اتفقا فى حال الكمال وكلام القاضى هذا يجرى فى جميع العصير لافرق بين عصير وعصير فى ذلك وقد ذكر الروياني فى عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيهما وجهين (أحدهما) لا كالرطب بالرطب (والثانى) يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرهما ومراده مايشمل عصير العنب وغيره وهو إشارة الى وجه القاضى حسين او من وافقه والله أعلم *

(١) بياض بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى فى الأم فى باب المزابنة الذى قبل كتاب الصلح ولا يجوز بيع الجلجلان بالشبرق الى أجل ولا يداً بيد وفسر الاصحاب وأهل اللغة الجلجلان بالسمسم وقال الجوهرى انه ثمرة الكزبرة وقال أبو الغوث هو السمسم فى قشره قبل أن يحصد وأما الشبرق فقال ابن فارس أنه نبت وقال الجوهرى وهو رطب الضريع *

﴿ فرع ﴾ إذا بيع العصير بالعصير فالمعتبر فى معياره الكيل جزم به المحاملى والشيخ أبو محمد والرافعى والنووى *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف رحمه الله إذا لم تنعقد أجزاؤه يفهم أنه إذا حمى بالنار اللطيفة بحيث لاتنعقد أجزاؤه يجوز بيع بعضه ببعض *

إلا الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضى أن يقال فى الضبط مالا يتبع فى البيع ولا يتناوله الاسم ففيه وجهان (وقوله) فى الكتاب لايكون مقراً بالظرف معلم ـ بالحاء ـ لأن عند أبى حنيفة رحمه الله الاقرار بالمظروف فى الظرف اقرار بهما إذا كان ذلك مما يحرز فى الظرف غالباً كالتمر فى الجراب والزيت فى الجرة بخلاف الفرس فى الاصطبل *

قال ﴿ ولو قال الف فى هذا الكيس ولم يكن فيه شئ لزمه الألف * فان كان الألف ناقصاً يلزمه الاتمام عند القفال * ولا يلزمه عند أبى زيد للحصر * ولو قال الألف الذى فى الكيس لايلزمه الاتمام * فان لم يكن فيه شئ فهل يلزمه الألف فوجهان ﴾ *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ومن أصحابنا من قال لايجوز لأنه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد والمذهب الأول لانه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير وأما الماء والملح فانه يحصل فى الكسب ولا ينعصر لانه لو انعصر فى الشيرج لبان عليه } *

{ الشرح } الشيرج بكسر الشين. (١) والكسب (اما) حكم المسألة فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لايجوز أبو اسحق المروزى وأبو على بن أبى هريرة نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ونصر المقدسى عن الأول والمحاملى عن الثانى لما ذكره المصنف ورد الاصحاب عليه بما ذكره المصنف و بينوا ذلك بان الماء لو كان باقيا فيه لرسب إلى قرار الظرف الذى يكون فيه الدهن ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن وصرح القاضي أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه وجزم به جماعة منهم صاحب التهذيب * ثم ان المخالف ابن أبي هريرة أو غيره خصص الخلاف في ذلك بالشيرج دون غيره من الادهان لانه رأى أن المعنى المذكور الذي علل به ليس فى بقية الادهان قال الامام تخصيص هذا بالشيرج لامعني له قال الشافعى رضى الله عنه فى الام ولا يجوز إلا فى شيء فان كان منه شيء لايعصر إلا مشوبا بغيره لم يجز أن يباع صنفه مثلا بمثل لانه لايدري ماحظ المشوب من حظ الشيء المبيع بعينه الذى لايحل الفضل فى بعضه على بعض والصحيح باتفاق الأصحاب الجواز وممن صححه نصر المقدسى *

{ فرع } قال الامام لو اعتصر من اللحم ماؤه وتبقى من اللحم مالا ينعصر بفعلنا فالكل جنس واحد وليس كالدهن والكسب فانا نعلم أن فى السمسم دهنا وثفلا فى الخلقة واللحم كله فى الخلقة شيء واحد *

(١) بياض بالاصل فحرر

إذا قال على الف فى هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء أو لم يكن فيه شيء أصلا لأن قوله على يقتضى اللزوم ولا يكون مقرا بالكيس على ماعرفت وان كان فيه دون الألف ففيه وجهان قال أبو زيد لايلزمه إلا ذلك القدر لحصر المقر به وقال القفال يلزمه الاتمام كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف وهذا أقوى ولو قال على الألف الذى فى هذا الكيس فان كان فيه دون الألف لم يلزمه إلا ذلك القدر لجمعه بين التعريف والاضافة إلى الكيس وعن أبى على وجه آخر ضعفوه أنه يلزمه الاتمام و يمكن أن يخرج هذا على الخلاف فى أن الاشارة تقدم أم اللفظ وان لم يكن فى الكيس شيء ففيه وجهان و يقال قولان بناء على ماإذا حلف ليشربن ماء من هذا الكوز ولا ماء فيه هل تنعقد يمينه و يحنث أم لا *

﴿ فرع ﴾ جعل القاضى حسين دهن السمسم مكيلا لأنه يستخرج من أصل مكيل وتبعه علي ذلك صاحب التهذيب وكذلك السمن وما تعرض لـكلام الشافعي فى مسألة السمن فانه يقتضى فيهما خلاف ماقاله *

﴿ فرع ﴾ بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلا ينبني على أن الأدهان جنس أو أجناس قاله القاضى حسين وهو ظاهر لـكنى أردت أنبه على ذلك لأنه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم * وجزم فى التهذيب فى ذلك بالجواز لأنه لم يفرع إلا علي أن الادهان أجناس *

﴿ فرع ﴾ لايجوز بيع الشيرج بالـكسب قاله ابن الصباغ فى الشامل وسيأتى الفرق بينه و بين بيع السمن بالمخيض وقال البغوى فى التهذيب يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضلين لأنهما جنسان وكذلك قال الفورانى يجوز بيع الدهن بالـكسب لأنهما جنسان وكذلك الامام فان كسب السمسم يخالف جنس دهنه وفاقا كما يخالف المخيض السمن وكذلك الرويانى فى البحر مع تعرضه للخلاف فقال يجوز بيع الدهن بالـكسب لأنهما جنسان وقال بعض أصحابنا لايجوز لأنها لاتنفرد عن الدهن وان قل فان كان فيها دهن فلا يجوز وان لم يبق فيها الدهن فعلى ماذكرنا يجوز وابن الرفعة حكى عن ابن أبي هريرة وجهاً فى منع بيع كسب السمسم بالشيرج وانه لايطرد فى غيره من الادهان مع كسبه واستبعده الأصحاب وقال صاحب التتمة لايجوز بيع الجوز بالـكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالـكسب جائز *

قال ﴿ ولو قال له فى هذا العبد الف درهم إن فسر بارش الجناية قبل * وان فسر بكون العبد مرهوناً فالأظهر أنه يقبل * ولو قال وزن فى شراء عشره الفاً وأنا اشتريت جميع الباقي بألف قبل ولا يلزمه إلا عشر العبد ﴾ *

إذا قال لفلان فى هذا العبد الف درهم فهذا لفظ مجمل فيسأل عنه إن قال أردت أنه جني عليه أو على ماله جناية أرشها الف قبل وتعلق الألف برقبته وان قال انه رهن عنده بألف على ففيه وجهان (أحدهما) أنه لايقبل لان اللفظ يقتضى كون العبد محلا للألف ومحل الدين الذمة لا المرهون وانما المرهون وثيقة له وعلى هذا اذا نازعه المقر له وأخذناه بالألف الذى ذكره فى التفسير وطالبناه للاقرار الجلى بتفسير صالح (وأظهرهما) القبول لان الدين وان كان فى الذمة فله تعلق ظاهر بالمرهون فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال انه وزن فى شراء عشره مثلا الفاً وأنا اشتريت الباقى بألف أو بما دون الالف قبل لانه محتمل ولا يلزمه بهذا الاقرار الا عشر العبد وان قال أردت انه وزن فى ثمنه الفاً قيل

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج أن لايكون مغليا فلو أغلى بالنار لم يجز بيعه بمثله ولا بالنيء وكذلك الزيت لايباع منه المغلى بمثله ولا بالنيء ويباع الزيت النيء بالشيرج المطبوخ يداً بيد وصرح بذلك الصيمرى *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسم فاذا قلنا يجرى الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض إذا ربى السمسم فيها ثم استخرج دهنه وان استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يجز *

﴿ فرع ﴾ لايجوز بيع طحين السمسم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الادهان بطحينها وعبر الفورانى عن ذلك بعبارة أبين فقال السمسم المدقوق بالسمسم المدقوق لايجوز كالدقيق بالدقيق فهذا والله أعلم مرادهم بطحين السمسم وليس المراد الطحينة وان كان ذلك أيضا لايجوز كبيع الدقيق بالدقيق قاله الرافعى وهى قبل ذلك فى حالة كونها حبوبا كالاقوات *

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع كسب السمسم بكسب السمسم وزنا إن لم يكن فيه خلط فان كان فيه خلط لم يجز قاله البغوى والرافعى (قلت) أما إذا كان جافا فظاهر وأما إذا كان رطبا فان كان مافيه من الدهن مانعا من التماثل لم يجز وان كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون المعيار فيه الوزن فيعكره على ماأصلوه من أن مااستخرج من مكيل فهو مكيل إلا أن يقال ان ذلك لايمكن كيله وأنه يتجافى فى المكيال *

﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع العصير بخل الخمر لانهما يتساويا وانما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمر غير الطيب قاله ابن الصباغ وخالف القاضى حسين فجزم بالمنع وقد وقع فى نسخة من نسخ المهذب هذه المسألة ولم تثبت في أكثرها وكتب فى النسخة التى هى فيها أنها زيادة ﴿ فائدة ﴾ الملح مؤنثة تصغيرها مليحة قاله يعقوب بن السكيت فى كتابه ونقلته منه *

له هل وزنت شيئا فان قال لا فالعبد كله للمقر له وان قال نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا فان قال دفعة واحدة سئل عن قدر ماوزن فان قال وزنت الفا أيضا فالعبد بينهما وان قال وزنت الفين فثلثا العبد له والثلث للمقر له وعلى هذا القياس ولا نظر إلى قيمته خلافا لمالك رحمه الله حيث قال لو كان يساوى الفين وقد زعم أنه وزن الفين والمقر له الفا يكون العبد بينهما بالسوية ولا يقبل قوله انى وزنت الفين فى ثلثه وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد مايساوى الفا وان قال اشتريناه دفعتين ووزن فى شراء عشره مثلا الفا وأنا اشتريت تسعة اعشاره بالف قبل لانه يحتمل ولو قال أردت به أنه أوصى له بالف من ثمنه قبل البيع ودفع له الف من ثمنه وليس له دفع الالف من ماله وان فسرنا به دفع اليه الالاف ليشترى له العبد ففعل فان صدقه المقر له فالعبد له وان

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

{ ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر لانه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب لان فى خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب ولا بيع خل التمر بخل التمر لانا ان قلنا أن الماء فيه ربا لم يجز الجهل بتماثل المائين والجهل بتماثل الخلين وان قلنا لاربا فى الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين وان باع خل الزبيب بخل التمر فان قلنا ان فى الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماء فيهما وان قلنا لاربا في الماء جاز لانهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب والله أعلم }•

{ الشرح } الكلام فى الخلول يشتمل على مسائل ذكر المصنف منها خمس مسائل وتقدم عليها أموراً (أحدها) أن الخلول أجناس على المشهور وحكي الماوردى عن ابن أبى هريرة أنه كان يخرج قولا أنها جنس واحد وامتنع سائر الاصحاب من تخريج هذا القول وقد تقدم عن الشيخ أبى حامد أنه غلط القائل بذلك والمشهور القطع بأنها أجناس والتفريع فى هذه المسائل على هذا وأما إذا فرعنا على أنها جنس واحد فلا حاجة إلى تعداد المسائل بل كل خلين فيهما أو فى أحدهما ماء لايجوز بيع أحدهما بالآخر وان لم يكن في شيء منهما ماء جاز متماثلا ولايجوز متفاضلا والمصنف والاصحاب إنما فرعوا على المشهور (الامر الثانى) ان الخل يتخذ من العنب والزبيب والتمر فهو ثلاثة فاذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيمه كانت الصور ستا خل العنب بخل العنب وخل العنب بخل الزبيب وخل العنب بخل التمر وخل الزبيب بخل الزبيب وخل الزبيب بخل التمر وخل التمر بخل التمر ذكر المصنف منها خمسا وترك خل العنب بخل التمر وزاد الرافعى فى الخلول خل الرطب فصارت الخلول أربعة والصور الحاصلة

كذبه فقد رد اقراره بالعبد وعليه رد الالف الذى أخذه وان قال اردت أنه أقرضه ألفا فصرفته الى ثمنه قبل ولزمه الالف وتوجيه الخلاف المذكور فيما اذا فسره بالرهن يقتضى عوده ههنا ولو قال له على من هذا العبد الف درهم فهو كما لو قال فى هذا العبد ولو قال من ثمن هذا العبد الف درهم فكذلك ذكره فى التهذيب ولو قال على درهم فى دينار فهو كما لو قال الف فى هذا العبد فان أراد النفي معه لزماه •

قال { ولو قال له فى هذا المال الف أو فى ميراث أبى الف لزمه ولو قال له فى مالى الف أو فى ميراثى من أبى الف لم يلزمه للتناقض }•

قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر لو قال له فى ميراث أبى الف درهم كان اقراراً منه على أبيه بدين ولو قال له فى ميراثى من أبى الف درهم كانت هبة الا أن يريد اقرارا وما الفرق

من تركيبها عشرة الست المذكورة وأربع من خل الرطب بخل الرطب و بخل العنب والزبيب والتمر وليست الخلول منحصرة بل يتخذ الخل أيضاً من القصب كما ذكره الشافعي ومن الجميز ومن البسر ومن غير ذلك فتأتى الصور أضعاف هذه وطريقك فى عدها وترتيبها أن تأخذ كل واحد مع نفسه ومع مابعده ولكن لايتعلق بها غرض والمقصود حاصل من معرفة الحكم فى خل العنب والزبيب والتمر ونسبة الرطب الى التمر كنسبة الزبيب الى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء فيختلف حكمه كما ستعرفه ونسبة الجميز إلى كل منهما كنسبة العنب الى التمر فلا حاجة إلى تكثير الصور ونشرح ماذكروه خاصة والخل فى اللغة كل ما حمض من عصير العنب وغيره قاله ابن سيده (الامر الثالث) أن التمر والرطب جنس واحد والعنب والزبيب جنس واحد وان الماء هل يجرى فيه الربا فيه وجهان (المسألة الأولى) بيع خل الخمر بخل الخمر جائز اتفاقا قال الشافعي فى المختصر ولا بأس بخل العنب مثلا بمثل وممن نص على أنه لاخلاف فيه الشيخ أبو حامد وجزم به القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردي من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعى وغيرهم لأنه لاماء فيه وليس له غاية يدس يقع فيها التفاوت وقيد الفورانى وابن داود وغيرهما ذلك بان لايكون فى واحد منهما ماء وذلك صحيح لابد منه وانما سكت أكثر الاصحاب عنه لأن الغالب فى خل العنب أنه لاماء فيه وقد يعمد فى بعض الاوقات ليسرع تخلله فلذلك التقييد حسن والاطلاق محمول على الغالب قال الاصحاب وللعنب حالتان للادخار (إحداهما) أن يصير زبيباً (والاخرى) أن يصير خلا (المسألة الثانية) بيع خل الخمر بخل الزبيب لايجوز كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي والماوردى وذلك

قيل انه فى الصورة الثانية أضاف الميراث الى نفسه وما يكون له لايصير لغيره بالاقرار فكان كما لوقال دارى أو مالى لفلان وفي الاول لم يضف الميراث الى نفسه فكان مقراً بتعلق الالف بالتركة وهذا ماأشار اليه صاحب الكتاب بقوله للتناقض ولك أن تمنع التناقض بين اضافة الميراث الى نفسه و بين تعلق دين للغير به فان تركة كل مديون مملوكة لورثته على الصحيح والدين يتعلق بها وقال الاكثرون الفرق أنه اذا قال في ميراث أبى فقد أثبت حق المقر له فى التركة وذلك لايحتمل الاشيئا واجبا فان التبرعات التى لاتلزم ترتفع بالموت ولا تتعلق بالتركة واذا قال فى ميراثى من أبى فقد أضاف التركة إلى نفسه ثم جعل للمقر بشيئاً منها وأضافه اليه وذلك قد يكون بطريق لازم وقد يكون بطريق التبرع واذا فسر بالتبرع قبل واعتبر فيه شرطه وعن صاحب التقريب الاشارة إلى التسوية بين الصورتين كأنه نقل وخرج فان كان كذلك جاز إعلام قوله فى الكتاب أو فى ميراث أبى ـ بالواو ـ والمذهب المشهور الفرق بمثله ولو قال له فى هذه الدار نصفها فهو إقرار وان قال له فى دارى

واضح لان الزبيب من جنس العنب والزبيب ماء فكانه باع عنباً بعنب وماء ذلك لايجوز لانتفاء التماثل ومع ذلك لايحتاج الى التعليل بقاعدة مد عجوة (المسألة الثالثة) بيع خل الخمر بخل التمر ولم يذكره المصنف وليس هو مثل بيع خل الخمر بخل الزبيب لان التمر والعنب جنسان مختلفان وقد نص الشافعي رضي الله عنه فى الام والاصحاب على جوازه قال الشافعي فى باب بيع الأجل ولا بأس بخل العنب بخل التمر وخل القصب لان أصوله مختلفة فلا بأس بالفضل فى بعضه ببعض وممن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والمحاملي والشيخ أبو محمد والرافعي فان خل العنب لاماء فيه وخل التمر وان كان فيه ماء فهو جنس آخر وقد علمت أن التفريع على أن الخلول أجناس ونقل العبدري عن مالك ان خل العنب وخل التمر جنس واحد كالقول الغريب عندنا فكانه باع عنباً بتمر وماء وهو جائز وسيأتى فى خل الزبيب بخل التمر طريقة عن البغوى أنه يتخرج على الجمع بين مختلفى الحكم وقياسه أن يأتى ههنا وسأتكلم عليها إن شاء الله تعالى (المسألة الرابعة والخامسة) بيع خل الزبيب بخل الزبيب وخل التمر بخل التمر لايجوز قال الشافعي فى المختصر وأما خل الزبيب فلا خير فى بيعه ببعض مثلا بمثل من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر وهذا تنبيه على العلة الثانية التى ذكرها المصنف وممن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكما وتعليلا والقاضى أبو الطيب والماوردى والشيخ أبو محمد والقاضى حسين والرافعي ولا خلاف فى ذلك أيضاً سواء قلنا الماء ربوى أولا لان الجنس متحد والمماثلة فيه مجهولة وكذلك خل الرطب بخل الرطب لانه لايصح الا بالماء وليس كخل العنب بخل العنب وممن صرح بذلك الماوردى وهى المسألة السادسة لكن

نصفها فهو وعد هبة حكاه الشيخ أبو علي عن النص أيضا واشتهر عن نصه أنه لو قال له في مالى الف درهم كان اقراراً ولو قال من مالى كان وعد هبة لااقراراً وهذا الموضع البحث فيه من وجهين (أحدهما) أن هذا النص فى قوله فى مالى يخالف مانقلناه فى قوله فى ميراثى وفى دارى فما حال هذه النصوص (والثانى) انه لم فرق بين فى ومن وهل المذهب الظاهر مانص عليه أم الأول فللأصحاب طريقين فيما إذا قال فى مالى الف درهم منهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه وعد هبة لاضافة المال إلى نفسه (والثانى) أنه اقرار لأن قوله له يقتضى الملك وبوعد الهبة لايحصل الملك ومنهم من قطع بأنه وعد هبة وحمل ما روى عن النص الأخير على خطأ النساخ وربما تأوله على ما إذا أتى بصيغة التزام فقال علي في مالى الف درهم فانه يكون إقراراً على ما سيأتى واذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أبى على أنه يطرد فيما إذا قال فى داري نصفها وامتنع من طرده فيما إذا قال في ميراثى من أبى وعن صاحب التقريب وغيره أنه يلزمه تخريجه فيه بطريق الأولى لان قوله فى ميراثي من أبى أولى بأن يحمل

الشيخ أبا محمد فى السادسة جزم بالجواز فى خل الرطب بخل الرطب وكذلك الرافعى والقاضى حسين وينبغى أن يحمل ذلك على ما إذا لم يكن فيه ماء فليس هذا اختلافا بل كان خل الرطب بغير ماء وإن أمكن كما قال أبو محمد وصار كخل العنب وإن كان فيه ماء فالأمر كما قال الرافعى والماوردى (المسألة السابعة والثامنة) خل الزبيب بخل التمر جزم الصيمرى بجوازه والمشهور ماذكره المصنف حكما وبناء وممن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وابن الصباغ من العراقيين والشيخ أبو محمد والقاضى حسين وعلله المحاملى بما علله به المصنف وعلله الشيخ أبو حامد بانه بيع ماء وشىء بماء وشىء (فإن قلت) تعليل الشيخ أبي حامد ظاهر وأما تعليل المصنف بالجهل بتماثل الماءين فانه يوهم أن الماءين لو كانا معلومي التساوى صح وليس كذلك فان التفريع على أن الماء ربوي فلا يجوز لقاعدة مد عجوة فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى على أن هذا السؤال وارد عليهما فى المسألة الرابعة والخامسة وهذا السؤال الملقب فى علم النظر بعدم التأثير وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة (قلت) بل مافعله المصنف أولى لأن الجهل بالمماثلة هى العلة المعتبرة فى البطلان المجمع عليها وقاعدة مد عجوة إنما بطلت عند من يقول بها لا [1] كما تقدم بيانه (فاما) أن يقول بذلك فلا يرد السؤال (واما) أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير إنما يلزم فى قياس العلة أما فى قياس الدلالة فلا كما ذلك مقرر فى علم النظر وقياس الدلالة الذى لايدعي فيه ان الحكم ثبت بذلك الوصف وانما يدعي أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر فى التعليل فالأولى دفع السؤال بما نبهت عليه أولا أو نقول ان ذلك سؤال العكس وهو وجود مثل الحكم بعلة

(١) بياض بالأصل فحرر

اقراراً من قوله فى مالى أو فى دارى لان التركة مملوكة للورثة مع تعلق الدين بها فيحسن اضافة الميراث الى نفسه مع الاقرار بالدين بخلاف المال والدار (واما) الثانى فمنهم من قال لافرق ولم يثبت هذا النص أو أوله ومنهم من فرق بان فى تقتضى كون مال المقر ظرفا لمال المقر له وقوله من مالى يقتضى الفصل والتبعيض وهو ظاهر فى الوعد بانه يقطع شيئا من ماله فاذا فرقنا بينهما لزمه مثله فى الميراث والدار لا محالة والظاهر انه لافرق بينهما وان الحكم في قوله فى مالى كما ذكرنا أولا فى ميراثي واستبعد الامام رحمه الله ان تخرج الخلاف فيما اذا قال له فى داري نصفها لانه اذا أضاف الكل الى نفسه لم ينتظم الاقرار ببعضه كما لا ينتظم منه الاقرار بكله بأن يقول دارى لفلان وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءا من مسمى ما أضافه إلى نفسه كقوله فى مالى ألف درهم أو فى دارى ألف ولا يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله فى الكتاب لم يلزمه التناقض إلى الاعلام — بالواو — وحيث قلنا فى هذه الصورة إنه وعد هبة لا اقرار فذلك فيما لم يذكر كلمة التزام فأما إذا ذكر بأن يقول على ألف درهم فى هذا المال أو فى مالى أو فى

أخرى وذلك غير قادح و يمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم * وهذه الطريقة التى سلكها المصنف من البناء هى الصحيحة من المذهب قال الشيخ أبو حامد وقد قيل شيء عن هذا وليس بشيء قال يعني ذلك القائل وقول الشافعى ههنا فاذا اختلف الجنسان فلا بأس يقتضى أن لا ربا فى الماء لأنه لم يفصل والا فليس أن يكون فيه الربا لأنه مطعوم * وقول المصنف رحمه الله تعالى وان قلنا لا ربا فى الماء جاز إلى آخره هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعى قال النووى وقيل فيه القولان فى الجمع بين مختلفى الحكم لان الخلين يشترط فيهما التقابض فى المجلس بخلاف الماءين وممن ذكر هذا الطريق البغوى فى كتابه التعليق فى شرح مختصر المزنى وهذا الطريق هو الصواب ولعل الاصحاب اقتصروا على أصح القولين وهو أنه يجوز جمع مختلفى الحكم والله أعلم * هذا كلام البغوي (قلت) وقد تقدم نص الشافعى على جواز خل العنب بخل التمر وفيه الماء وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا لانه لا فرق بين أن يكون الماء فى الطرفين أو فى أحدهما فاما أن يكون ذلك تفريعاً على الصحيح فى الجمع بين مختلفى الحكم كما قال النووى واما أن يقال ان الخلاف يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعى (المسألة التاسعة) خل الرطب بخل التمر لا يجوز لان فيهما ماء يمنع التماثل هكذا علله الماوردى ولا خفاء به وذكر الرافعي مسألة خل العنب وخل الرطب بخل التمر وحكم بعدم الجواز فيهما وعلل بان فى أحدهما ماء ومراده بذلك خل العنب بخل الزبيب وأهمل تعليل الثانية فربما يطالعه من لا خبرة له فيظن أن ذلك عائد اليهما وان خل الرطب لا ماء فيه وليس ذلك مراده لانه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بخل الرطب إلا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد وبالجملة فالاحكام التى ذكرها الرافعى

ميراث أبي أو فى ميراثى أو دارى أو عبدي أو فى هذا العبد فهو إقرار بكل حال ولو قال له في ميراثي عن أبي أو فى مالى كذا بحق لزمني أو بحق ثابت وما أشبهه فهو كما لو قال علي فيكون اقراراً بكل حال ذكره ابن القاص (واعلم) أن قضية قولنا ان قوله علي فى هذا المال أو فى هذا العبد ألف درهم قرار له بالألف وان لم يبلغ ذلك المال ألفاً وربما يخطر ذلك الخلاف المذكور فيما إذا قال لفلان على ألف فى هذا الكيس وكان فيه دون الألف إلا أن ظرفية العبد للدراهم ليست كظرفية الكيس لها فيمكن أن يختلفا فى الحكم لكن لو قال فى هذا العبد ألف درهم من غير كلمة علي وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه فلم يبلغ ثمنه ألفاً فلا ينبغى أن يجب عليه تتمة الألف بحال *

قال ﴿ السادس إذا قال له على درهم درهم درهم لم يلزمه الا درهم واحد لاحتمال التكرار * ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لامتناع التكرار * ولو قال درهم مع درهم أو درهم تحت درهم أو فوق درهم لا يلزمه إلا واحد تقديره مع درهم لي بخلاف نظيره من الطلاق * ولو قال

إنما تم إذا فرض خل الرطب فيه ماء والتي ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك (المسألة العاشرة) خل الرطب بخل العنب قال القاضي حسين لاخلاف أنه يجوز متساويا وهل يجوز متفاضلا أولا ينبني على أن الخلول جنس أو أجناس وفيه قولان (قلت) قوله انه يجوز متساويا محمول على أن خل الرطب لاماء فيه أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم والمنع من التفاضل خلاف النص فى خل العنب بخل التمر فان الشافعي رضي الله عنه نص على جواز التفاضل فيه وقال الفوراني له ثلاثة أحوال (احدها) أن لايكون فى واحد منهما ماء فيصح (الثانية) إذا كان فى أحدهما ماء فيصح أيضاً (الثالثة) إذا كان فيهما ماء فعلى وجهين بناء على أنه هل فى الماء ربا أم لا (ان قلنا) فيه ربا لايصح (قلت) وهذا التفصيل حسن ولم يلاحظ الجمع بين مختلفي الحكم وما ذكرته من البحث مع الفوراني فى التخريج على الجمع بين مختلفي الحكم رأيته بعد ذلك مرموزاً اليه فى كلام الامام قال فى آخر الكلام فى الخلول وفى الماء وكونه غير مقصود اشكال سنشرحه فى باب الألبان ومن ذكر خل الرطب بخل الرطب لايجوز الروياني لكنه بعد ذلك قال وان لم يكن فيهما ماء يجوز (المسألة الحادية عشرة) خل الرطب بخل الزبيب يجوز قاله الشيخ أبو محمد والرافعي والبغوي قال الرافعي يجوز لان الماء فى أحد الطرفين والمماثلة بين الخلين غير معتبرة تفريعاً على الصحيح في أنهما جنسان (قلت) والصحيح خلافه وقياس كلام البغوي والنووي ان تأتى تلك الطريقة أيضاً هنا والله أعلم فاما الشيخ أبو محمد فانه يلاحظ أنه لاماء فى خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده (١) أن يكون ذلك عنده كخل التمر بخل العنب حتى يأتي فيه البحث السابق فى الجمع بين مختلفي الحكم إنما هو اذا جمع بين

(١) بياض بالأصل فحرر

درهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان إذ التقدم والتأخر لايحتمل إلا فى الوجوب * ولو قال درهم ودرهم ودرهم وقال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل * ولو قال أردت بالثالث تكرار الأول لم يقبل لتخلل الفاصل * وكذا فى قوله طالق وطالق وطالق * فاذا أطلق ففي الطلاق قولان (أحدهما) يلزمه ثلاثة لصورة اللفظ (والثاني) ثنتان لجرى العادة فى التكرار * والأظهر فى الاقرار أنه يلزمه عند الاطلاق ثلاثة لأنه أبعد عن قبول التأكيد اعتياداً * ولو قال على درهم فدرهم يلزمه درهم واحد * ولو قال أنت طالق فطالق يقع طلقتان * وتقدير الاقرار فدرهم لازم * وقيل بتخريج فيه من الطلاق ولو قال درهم بل درهمان فدرهمان * ولو قال درهم بل ديناران فدرهم وديناران * إذ إعادة الدرهم فى الدينار غير ممكن ﴾*

فى الفصل صور نذكرها مع ما يناسبها وان احتجنا إلى تقديم وتأخير فملناه (الأولى) لو قال له على درهم درهم درهم لم يلزمه إلا درهم واحد لاحتمال ارادة التأكيد بالتكرار وكذا لو كرر عشراً فصاعداً

عينين مستقلتين حتى يكون ذلك كالعقدين فرتب على كل منهما مقتضاه وكذلك يقول الاصحاب جمع بين عقدين مختلفي الحكم انما الخل الذي فيه الماء فهو كعين واحدة ولو أفردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخل بحكم لزمه بطلان العقد لان كلا منهما مجهول وفي سائر صور الجمع بين مختلفي الحكم يوزع الثمن عليهما و يعطى كل واحد حكمه وههنا لا يمكن القول بان بعض الثمن في مقابلة الماء وحده و بعضه في مقابلة الخل بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخل المركب من الماء وغيره ويؤول ذلك أنه لو اشترى ربويا رأى بعضه ولم ير بعضه فيه طريقان (احدهما) القطع بالبطلان (والثاني) فيه قولا بيع الغائب ولم يخرجوه على قولي الجمع بين مختلفي الحكم قال الشيخ أبو محمد في السلسلة لا يحتمل تخريج القولين في هذه المسألة لان المشتري اذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه (١) الخيار فيه ثابت فربما يختار فسخ البيع فيما لم يرد اجازته فيما رأى فيحتاج إلى قطع الثوب وفي ذلك اتلاف لما ليس من ملكه والله أعلم • وقد تقدم بحث في خل التمر بخل الزبيب وخل العنب عند الكلام في بيع الثوب بالثوب فليطالع هناك وكذلك في الدراهم المغشوشة إن شاء الله تعالى وفي تعليق أبي على الطبري والقاضي حسين انه إذا قلنا لا ربا في الماء قولين في ذلك (أصحهما) الجواز ولكنهما ليس القولين في الجمع بين مختلفي الحكم بل هما القولان المشهور والغريب في أن الخلول جنس أو أجناس والصنف وأكثر الأصحاب إنما تكلموا في ذلك تفريعاً على المعروف أن الخلول أجناس وضابط هذا الباب ان كل خلين اما أن يكون فيهما الماء أولا يكون فيهما او يكون في احدهما فان كان فيهما الماء فان كانا جنساً واحداً لم يجز قطعاً كخل الزبيب بخل الزبيب وان كانا

(١) بياض بالاصل فحرر

ولو قال درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف المغايرة ولو قال درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأول والثاني درهمان وأما الثالث فان أراد به درهما آخر لزمه وان قال أردت به تكرار الثاني قبل ولا يلزمه الا درهمان وان قال أردت به تكرار الأول فوجهان ذكرهما في النهاية (وأظهرهما) وهو المذكور في الكتاب أنه لا يقبل ويلزمه ثلاثة لأن التكرار انما يؤكد به اذا لم يتخلل بينهما فاصل وهذا الحكم فيما اذا قال أنت طالق وطالق وطالق ففي الطلاق قولان ينظر في أحدهما الى صورة اللفظ وفي الثاني الى احتمال التكرار ويجريان الى المادة وسيعود ذكرهما في الطلاق وفي الاقرار طريقان (قال) ابن خيران انه على قولين في الطلاق (وقطع) الاكثرون بأنه يلزمه ثلاثة وفرقوا بأن دخول التأكيد في الطلاق أكثر منه في الاقرار لأنه لا يقصد به التخويف والتهديد ولأنه يؤكد بالمصدر فيقال هي طالق طلاقاً والاقرار بخلافه وعلى هذا لو كرر عشر مرات أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر ولو قال على درهم ثم درهم ثم درهم فهو كما لو قال درهم ودرهم ودرهم ولو

جنسين كخل التمر بخل الزبيب لم يجز على الأصح وان لم يكن فيهما ماء وهما من جنس واحد جاز قطعاً مثلا بمثل يداً بيد كخل العنب بخل العنب وان كانا جنسين جاز متفاضلين قطعاً يداً بيد كخل الرطب بخل العنب وان كان فى أحدهما فان كانا فى جنس واحد لم يجز كخل العنب بخل الزبيب وان كانا جنسين جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض كخل العنب بخل التمر على المشهور خلافا لطريقة البغوى وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور إلا إذا كانا من جنسين وفيهما الماء كخل التمر بخل الزبيب والله أعلم * وليس فى المسائل العشرة مسألة جائزة قطعاً فى الجنس الواحد الا خل العنب بخل العنب ولا فى الجنسين الا خل الرطب بخل العنب و بقية ذلك اما ممتنع قطعاً فى الجنس الواحد اذا كان فيه ماء واما مختلف فيه فى الجنسين اذا كان فيهما أو فى أحدهما ماء وان شئت اختصته فقلت كل خلين لاماء فى واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلا فى الجنس ومتفاضلا فى الجنسين وكل خلين فيهما الماء لايجوز بيع أحدهما بالآخر قطعاً ان اتحد الجنس وعلى الأصح ان اختلف وكل خلين فى أحدهما الماء لايجوز بيع أحدهما بالآخر ان اتحد الجنس قطعا و يجوز ان اختلف على المذهب وكلها يشترط فيها التقابض فى المجلس والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ المعيار فى الخل الكيل قاله القاضي حسين والرافعى وغيرهما وعلله القاضى حسين بانه يستخرج من أصل مكيل ﴿ تنبيه ﴾ جميع ماتقدم فى الخلول التى فيها ماتفرع على الصحيح المشهور أن الماء المحرز فى الاناء مملوك وهذا الذى قطع به الماوردى ولنا وجه مذكور فى باب احياء الموات أنه لايملك وان أخذ فى أناء وقد صرح الأصحاب بان الماء على ذلك الوجه لايجوز منعه فعلى

قال درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة لا محالة (الثانية) اذا قال على درهم مع درهم أو معه درهم أوفوق درهم أوفوقه درهم أوتحت درهم او تحته درهم فرواية المزنى فى المختصر انه لايلزمه الادرهم واحد لجوازان يريد مع درهم لى او فوق درهم لى وايضا فقد يريد فوقه الجودة وتحته الرداءة و بهذه الرواية اخذ أكثر الاصحاب وهى التى اوردها فى الكتاب ووراء هذا مذهبان للأصحاب (احدهما) انه يلزمه درهمان واختلف القائلون به فمن ناسب له الى النص فى رواية الربيع ومن قائل انه مخرج واختلف هؤلاء فقيل هو مخرج من الطلاق فانه لو قال انت طالق طلقه مع طلقة اوفوق طلقة تقع طلقتان وقيل هومخرج مما لو قال على درهم قبل درهم فانه يلزمه درهمان ومن قال بالاول فانه اعتذر عن قوله قبل درهم وأما الطلاق فالفرق أن لفظه الصريح موقع فاذا أنشأه عمل عمله والا قرار اخبار عن سابق فاذا كان فيه اجمال روجع حتى يبين أنه بم اخبر (والمذهب الثانى) قال الداركى ان قال درهم معه درهم اوفوقه درهم لزمه درهمان لرجوع الكناية الى الاول الذى التزمه ولو قال درهم على عليه درهم أوعلى درهم فهو كما لو قال

هذا كيف يرد البيع على الخل وهو مركب من مملوك وغير مملوك والذي يتجه تفريعاً على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذي فيه الماء لأنه لايمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك ولا على المملوك منه ويكون الماء مباحاً لعدم تميزه والعلم به ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفا في النقل لم يفرعوا عليه *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الأم بعد ذكر الخلول وبيع بعضها ببعض والنبيذ الذي لايسكر مثل الخل *

﴿ فرع ﴾ يجوز بيع خل العنب بعصيره لأنه لاينقص إذا صار خلا فهما متساويان في حال الادخار قاله ابن الصباغ والروياني وخالف في ذلك القاضي حسين فجزم بالمنع وحكاه الروياني وجها وينبغي أن يكون على (١) القاضي حسين في أن بيع العصير بالعصير لايجوز فيكون أحدهما على حاله والآخر ليس على حالة الادخار عنده وقد قال صاحب البحر الوجه المذكور بذلك وذكر الامام عن شيخه الوجهين في عصير العنب وخله (أحدهما) أنه جنس ولكن حالت صفة العصير فكان كاللبن الحليب مع العارض (والثاني) أنهما جنسان وهو الظاهر عندي لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود والنيء لايكون مأكولا فلا يكون ربويا فاذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر في اختلاف الاجناس (قلت) وهذا ليس بجيد وقد بحثت معه في ذلك في مسألة بيع الرطب بالتمر وبينت أن العصير والخل جنس واحد وقد تابع الامام في ذلك القاضي في الذخائر ويوافقه الوجه الذي حكاه المتولي أنه يجوز بيع الخل بالدبس وأنه لاتعتبر المماثلة بينهما وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ بالنيء *

(١) بياض بالاصل فحرر

فوقه درهم أو فوق درهم ولو قال على درهم قبل درهم فرواية المزني وبها أجاب الاكثرون انه يلزمه درهمان بخلاف الصورة السابقة والفرق ان الفوقية والتحتية يرجعان الى المكان ويتصف بهما نفس الدرهم فلا بد من امر يرجع اليه التقديم والتأخير وليس ذلك الا الوجوب عليه وفيه قول آخر انه لا يلزمه الا درهم منهم من حكاه نصاً عن رواية الربيع ومنهم من خرجه من الصورة السابقة وسوى بينهما جميعا فجعلهما على قولين ولمن قال به ان يقول القبلية والبعدية كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة وغيرها ثم هب أنهما زمانيان وان نفس الدرهم لايتصف بهما لكن يجوز رجوعهما الى غير الواجب بان يريد درهما مضروبا قبل درهم وما أشبهه ثم هب انهما راجعان الى الواجب لكن يجوز أن يريد لزيد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمرو وفي المسألة وجه آخر عن ابن خيران وغيره انه ان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه درهمان وان قال قبل درهم وبعد درهم لم يلزمه الا درهم واحد لاحتمال

﴿ فرع ﴾ لايجوز خل التمر بالتمر ولا خل عنب بعنب نص عليه فى البويطى وقال ولا كل شىء بشىء يخرج من أصله وكذلك قال ابن الصباغ لايجوز بيع العنب بخله ولا بعصيره قال القاضى حسين وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير والدبس والشيرج والناطف وغيره .لايجوز *

﴿ فرع ﴾ بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب أو بيع العنب بخل الرطب أو بدبس الرطب قال القاضى حسين الصحيح أنه يجوز (قلت) وما أشار اليه من الخلاف بعيد جداً ولا يمكن أن يكون هو القائل بان الخلول جنس واحد فان ذاك لاشتراكها فى الاسم والرطب وخل العنب لااشتراك بينهما ولا أحدهما مستخرج من الآخر فينبغى القطع بالجواز وكذلك فى العنب بخل الرطب الا أن يكون فيه ماء *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة لأن اللبن يدخل فى البيع و يقابله قسط من الثمن والدليل عليه أن النبي ﷺ جعل فى مقابلة لبن المصراة صاعا من تمر ولأن اللبن فى الضرع كاللبن فى الأناء والدليل عليه قوله ﷺ لايحلبن أحدكم شاة غيره بغير اذنه أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتثل مافيها فجعل اللبن كالمال فى الخزانة فصار كما لو باع لبنا وشاة بلبن ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الحديث المذكور الذى فيه أن النبي ﷺ جعل فى مقابلة لبن المصراة صاعا من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحا ولكنه يشير به الحديث المشهور الذى سنذكره ان شاء الله

ان يريد قبل لزوم درهم او بعد درهم كان لازما (وقوله) فى الكتاب لايلزم الاواحد يجوز اعلامه مع ـ الواو ـ بالحاء والالف ـ اما الحاء فلان عند أبى حنيفة رحمه الله يلزم درهمان فيما اذا قال فوق درهم واما الالف فلان عند احمد يلزمه فى جميع الصور درهمان (الثالثة) اذا قال له على او عندى درهم فدرهم ان أراد العطف لزمه درهمان والا فالنص أنه لايلزمه الادرهم ونص فيما اذا قال انت طالق فطالق انه يقع طلقتان فنقل ابن خيران الجواب من كل واحدة الى الاخرى وجعلها على قولين (أحدهما) يلزمه درهمان ويقع طلقتان لأن الفاء حرف عطف كالواو وثم (والثاني) لايلزمه الاواحد ولايقع إلا طلقة لأن الفاء قد تستعمل لغير العطف فيؤخذ باليقين وذهب الأكثرون الى تقرير النصين وفرقوا وجهين (أحدهما) أنه يحتمل فى الاقرار أن يريد فدرهم لازم أو فدرهم أجود والاقرار اخبار والانشاء أقوى وأسرع نفوذاً ولهذا لو أقر اليوم بدرهم وغداً بدرهم لايلزمه الا درهم ولوتلفظ بالطلاق فى اليومين وقعت طلقتان وهذا أظهر فى المذهب لكن لابن خيران ان يمنع الفرق الأول و يقول يجوز أن يريد فطالق مهجورة

تعالى فى باب بيع المصراة وهو متفق عليه وله الفاظ ورد بها أقربها الى المعني الذى ذكره المصنف هنا قوله ﷺ « فان رضيها أمسكها وان سخطها في حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وهو يفيد مقصود المصنف فان قوله فى حلبتها ظاهر فى مقابلة اللبن والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره من حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي ﷺ قال « لا يحلبن أحد ماشية امرئ الا باذنه أيحب أحدكم أن يؤتى مشربته فيكسر خزانته فينتثل طعامه فانما يخزن لهم ضروع مواشيهم لطعامهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه » وقوله ينتثل أى يستخرج وهو - بياء مثناة من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم تاء مثناة من فوق ثم ثاء مثلثة مفتوحتين - يقال نثل ما فى كنانته اذا صبها ونثرها وقد نثلت البئر نثلا وانتثلتها إذا استخرجت ترابها وروى ينقل بالقاف بدل الثاء المثلثة أى يذهب و ينقل عن الضرع والرواية الأولى أكثر وأشهر وهى التى فسرها أهل الغريب والمشربة بضم الراء وفتحها الغرفة وجمعها مشارب وقول المصنف شاة أحدكم أن لفظ الشاة فى شيء من الروايات • وحكم المسألة نص عليه الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر والام ولا خير فى شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن في الشاة لبناً لا أدرى كم حصنه من الثمن الذى اشتريته به نقداً وان كان نسيئة فهو أفسد للبيع وقد جعل رسول الله ﷺ للبن التصرية بدلا وانما اللبن فى الضرع كالجوز واللوز المبيع فى قشره يستخرجه صاحبه اذا شاء وليس كالولد لا يقدر على استخراجه هذا لفظ المختصر وقال فى الام ولا بأس بلبن شاة يداً بيد ونسيئة إذا كان أحدهما نقداً والدين منهما موصوف فى

أو لا تراجع ويجوز أن يريد فطالق حرمتك وما أشبهه (وأما) الثانى فانه يناقض الفرق المذكور فى مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق (وقوله) فى الكتاب يلزمه درهم واحد معلم - بالحاء والألف - لان عندهما يلزمه درهمان (وقوله) يقع طلقتان يجوز اعلامه - بالواو - لانه لم يذكر طريقة النقل والتخريج بتمامها حتى يستغنى عن الاعلام وانما ذكر التخريج من الطلاق فى الاقرار ورأيت في بعض الشروح ان ابن أبى هريرة حكى قولاً منصوصاً للشافعي رضى الله عنه أنه يلزمه درهمان ويتأيد هذا القول بما اذا قال درهم ودرهم فانه يلزمه درهمان ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة فى الفاء ولو قال على درهم فقفيز حنطة فلا يلزمه الا درهم أو يلزمانه جميعاً فيه هذا الخلاف وذكر أبو العباس الرويانى فى الجرجانيات ان قياس ما ذكرنا فى الطلاق أنه اذا قال بعتك بدرهم فدرهم يكون بائعاً بدرهمين لانه انشاء (الرابعة) قال على درهم بل درهم لم يلزمه الا درهم لجواز أن يقصد الاستدراك فيتذكر انه لا حاجة اليه فيعيد الاول ولو قال درهم لا بل درهم او لا درهم فكذلك ولو قال درهم لا بل درهمان أو قفيز حنطة لا بل قفيزان لم يلزمه الا درهمان وقفيزان لان بل للاستدراك ولا يمكن ان يكون المقصود

الذمة وصرح فى مواضع من الأم بجواز ذلك نقداً ونسيئاً ثم قال فان قال قائل كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها اللبن فيقال إن الشاة نفسها لاربا فيها إنما تؤكل بعد الذبح أو السلخ أو الطبخ أو التجفيف فلا تنسب الغنم إلى أن تكون مأكولة إنما تنسب إلى أنها حيوان وقد اتفق الأصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التي فى ضرعها لبن بلبن شاة باطل كما قرره الشافعي رضى الله عنه من أن اللبن الذى فى الضرع يقابله قسط من الثمن قال القاضي أبو الطيب قولا واحداً وان كان فى الحمل قولان بدليل خبر المصراة ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فأثمرت فى يده أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ولأن مافى الضرع مثل مافى الخزانة بدليل الحديث الذى ذكره المصنف وهذا الذى ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذى قطع به الأصحاب ههنا وسيأتى فى باب المصراة ذكر وجه فيه والكلام عليه هناك ومع هذا فلا خلاف فى امتناع بيع الشاة اللبون باللبن والله أعلم * قال الأصحاب فوجب أنه لايصح بيع شاة فى ضرعها لبن أصلا لأن اللبن مجهول كما لو ضم إلى الشاة لبناً مغطى فالجواب أنه إن لم يجز البيع هناك لأن كلا من الشاة واللبن المضموم اليها مقصود بالبيع واللبن فى الضرع تابع وان كان له قسط من الثمن بدليل دخوله إذا أطلق البيع فى الشاة ويغتفر فى التابع مالا يغتفر فى غيره ولذلك صح بيعه كأساس الحائط ورؤس الجذوع وطى البئر ونحو ذلك ولا يلزم من جعله تابعاً فى انتفاء الغرر أن يكون تابعاً فى انتفاء الربا كالثمرة قبل بدو الصلاح إذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع

ههنا نفي المذكور اولا لاشتمال الدرهمين على الدرهم والقفيزين على القفيز وانما المقصود نفى الاقتصار على الواحد واثبات الزيادة عليه وهذا يشكل بما اذا قال انت طالق طلقة بل طلقتين فانه يقع الثلاثة ولا أدرى لم لم يتصرفوا فيهما ههنا تصرفهم فيما سبق من المسائل ثم ماذكرناه مفروض فيما اذا أرسل ذكر المقر به أما اذا قال له عندى هذا القفيز بل هذان القفيزان لزمه الثلاث لان القفيز المعين لايدخل فى القفيزين المعينين وكذلك لو اختلف جنس الاول والثانى مع الارسال بان قال على درهم بل ديناران اوقفيز حنطة بل قفيزا شعير لزمه الدرهم والديناران او قفيز الحنطة وقفيزا الشعير لان الاول غير داخل فى الثاني فهو راجع عن الاول مثبت الثاني والرجوع لايقبل وما اقربه ثانيا يلزمه ولو قال درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة يلزمه الدرهمان والعشرة لأن الرجوع عن الأكثر لايقبل ولا يدخل الاقل فيه ولو قال دينار بل ديناران بل ثلاثة يلزمه ثلاثة ولو قال دينار بل ديناران بل قفيز بل قفيزان لزمه ديناران وقفيزان ولو قال دينار وديناران بل قفيز وقفيزان فثلاثة دنانير وثلاثة أقفزة وقس على ما ذكرنا ما شئت *

جاز ولو باع نخلة مثمرة بتمر لم يصح فكان ربا فتبعت فى انتفاء الغرر ولم تتبع فى انتفاء الربا قال القاضي حسين ولأن اللبن مما يجرى فيه الربا وان كان متصلا بالحيوان ولا يشبه الحمل لأن الحمل لايمكن استخراجه متى شاء والفرق بين اللبن والحمل علي أحد القولين القائل بانه ليس له قسط من الثمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل فاشبه الجوز واللوز فى قشره وجوز أبو حنيفة رضى الله عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي وهكذا الحكم إذا ذبحت هذه الشاة التى فيها لبن ثم بيعت بلبن وهو أفسد لأنه بيع لحم ولبن بلبن ولو باع الشاة التى فى ضرعها لبن بلبن ابل ونحوه من غير لبن الغنم (فان قلنا) ان الألبان صنف واحد لم يجز (وان قلنا) أصناف جاز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم فعلى هذا الصحيح الجواز لأن الصحيح أنها أجناس ولم يذكر الصيمرى فى شرح الكفاية غيره ولذلك احترز المصنف فى قوله بلبن الشاة فانه إذا باع الشاة التى فى ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا ان الألبان أجناس قال المحاملي فيكون بمنزلة أن يبيع طعاما ربويا بشعير فيصح البيع يبنى على الأصح فى الجمع بين مختلفى الحكم وكذلك قال الرافعي فيه قولا الجمع بين مختلفى الحكم وهو في ذلك تابع للقاضى حسين وصاحب التهذيب فان مايقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض وما يقابله من الحيوان لايشترط فيه التقابض (قلت) وفى التحريم نظر (١) فى بيع خل التمر بخل الزبيب وفى بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض لأنه يمتنع افراد كل واحد بحكمه اذ اللبن الذى فى الضرع لايمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مستقل لاقتضى البطلان

(١) بياض بالاصل فحرر

قال ﴿ السابع اذا قال يوم السبت على ألف وقال ذلك يوم الأحد لم يلزمه الا ألف واحد * الا أن يضيف الى سببين مختلفين * فلو أضاف أحدهما الى سبب وأطلق الآخر نزل المطلق على المضاف * وكذلك لو قامت الحجة علي اقرارين بتاريخين جمع بينهما * وكذلك اذا كان بلغتين احداهما بالعجمية والاخرى بالعربية * وكذلك لو شهد على كل واحد شاهد واحد فالاصح أنه يجمع نظراً الي المخبر عنه * وفى الافعال لايجمع أصلا *

القول الجلى فى الفصل أن تكرير الاقرار لايقتضي تعدد المقر به لأن الاقرار إخبار ألا ترى أنه يحتمل فيه الابهام ولو كان انشاء لما احتمل وتعدد الخبر لايقتضى تعدد المخبر عنه فيجمع إلا إذا عرض ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد فحينئذ يحكم بالمغايرة وفيه مسألتان (إحداهما) إذا أقر لزيد يوم السبت بألف وأقر له يوم الأحد بألف لم يلزمه إلا ألف واحد سواء اتفق الاقراران فى مجلس واحد أو مجلسين وسواء كتب به صكا وأشهد عليه شهوداً على التعاقب أو كتب صكا بألف وأشهد عليه ثم

والله أعلم * ولأجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردي القول بأنا إذا قلنا الالبان أجناس صح العقد (والحكم الثاني) اذا باع شاة غير ذات لبن قال الشيخ أبو حامد بان لاتكون ولدت قط جاز البيع اتفق عليه الأصحاب أيضاً تبعاً للشافعي رضي الله عنه نقداً ونسيئة والتفرق قبل القبض قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ونص الشافعي رضي الله عنه في حرملة فى التى لها لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شئ منه فباعها بلبن شاة يجوز وهذا لأنه لم يكن هناك لبن يجتمع والقليل الذي ينز لا تأثير له واتفق الأصحاب أيضاً على هذا الحكم وممن جزم به القاضي حسين والبغوى والرافعى وصرح الامام بالصحة فى اللبون اذا لم يكن فى ضرعها لبن وتم البيع أو كان نزراً لايقصد حلب مثله لقلته قال فان مثله ليس مقصوداً والحيوان مخالف لجنس اللبن فليلتحق ببيع المخيض بالزبد مع النظر الى الرغوة وشبهه بعضهم بالدار الذى ذهبت واستهلك الذهب اذا بيعت بدار مثلها أو بالذهب يجوز قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملي فان ذبحت هذه الشاة وسلخت و بيعت باللبن صح البيع لانه لحم لاشئ معه بلبن و يشترط التقابض ونقله القاضي أبو الطيب عن نصه فى الصرف وقد أغرب الجيلي فحكي فيما نقله ابن الرفعة عنه وجهاً أنه يجوز بيع اللبن بشاة فى ضرعها لبن وهذا غريب جداً شاذ لامعول عليه قال ابن الرفعة و يمكن أن يكون مأخذه ماحكاه الغزالى فى المصراة أن اللبن فى الضرع لايقابله قسط من الثمن على رأى *

﴿ فرع ﴾ كما لايجوز بيع الشاة التى فيها لبن بلبن كذلك لايجوز بالزبد ولا بالسمن ولا بالمصل ولا بالأقط كما لايجوز اللبن بشيء من ذلك صرح به الماوردى *

كتب صكا بألف وأشهد عليه و به قال مالك وأحمد رحمهما الله خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين وأشهد عليهما وفيما إذا أقر فى مجلسين ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلس والمجلسين ولو أقر فى أحد اليومين بالالف وفى الآخر بخمسمائة دخل الأقل فى الأكثر ولو أقر مرة بالعربية وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلا واحد ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات * واذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر فى يوم السبت بألف من ثمن عبد ويوم الأحد بألف من ثمن جارية أو قال مرة صحاح ومرة مكسرة لزمه الألفان ولم يجمع وكذا لو قال قبضت منه يوم السبت عشرة ثم قال قبضت منه يوم الأحد عشرة أو طلقها يوم السبت طلقة ثم قال طلقها يوم الأحد طلقة ولو قال يوم السبت طلقها طلقة ثم أقر يوم الأحد بطلقتين لم يلزمه إلا طلقتان ولو أضاف أحد الاقرارين إلى سبب أو وصف الدراهم بصفة وأطلق الاقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لامكانه (وقوله) فى الكتاب وكذا لو قامت الحجة علي الاقرارين بتاريخين جمع بينهما كان الغرض منه الاشارة إلى تكرير الاشهاد والصك لاتأثير له والا فالحجة على الاقرارين لاتوجب

﴿ فرع ﴾ قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمى فى كتاب الا كمال لما وقع فى التنبيه من الاشكال والاجمال قال الشافعي رحمه الله ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز بخلاف شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة والفرق بينهما إن لبن الشاة فى الشرع له حكم العين فلهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا جوزنا عقد الاجارة عليه (قلت) وهذا النقل غريب والتعليل حسن وفيه نظر وقد تقدم حكاية خلاف فى أن لبن الآدمية هل يكون من جنس الالبان (إذا قلنا) بان الالبان جنس واحد أم لا ولا يرد ذلك هنا لان الكلام هناك اذا كان منفصلا فانه يثبت له حكم الاعيان وهنا الالبان فى الثدى هو الذى ادعي انه ليس له حكم العين بل حكم المنفعة فلذلك قال يصح لانه لم يضم الى الجارية عيناً أخرى ولم أجد هذا الفرع الا فى هذا الكتاب فلا ادرى هل الفرق من كلامه أو من كلام الشافعي و يعضده المذهب المشهور فى أن الجارية المصراة لا يرد معها بدل اللبن وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال ينبغى أن يقال هنا بامتناعها بلبن آدمي لانه سلك به مسلك العين وان باعها بلبن شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور وما نقله الحضرمى عن النص يكون الجواز من طريق الأولى وعلى الوجه الذى حكيناه فى التصرية ينبغى أن يتخرج على أن الالبان أجناس أولا (فان جعلناها) أجناساً جاز (وان جعلناها) جنساً فيتخرج على خلاف تقدم فى أن لبن الآدمى من جملتها أم لا (فان قلنا) لا جاز (وان قلنا) من جنسها فقياس ذلك الوجه المنع (وأما) التمسك بجواز الاجارة عليه فى كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفى تسويغ الاجارة عليه فى باب الاجارة فالاستدلال بالحكم الثابت فى التصرية أولى والله أعلم *

تعدد المقر به (المسألة الثانية) لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب تلك الدار وآخر يوم الأحد لفقنا بين الشهادتين وأثبتنا الألف والغصب لان الاقرار لا يوجب حقاً بنفسه انما هو اخبار عن ثابت فينظر إلى المخبر عنه و إلى اتفاقهما على الاخبار عنه وكذا لو شهد أحدهما على اقراره بألف بالعربية والآخر على اقراره بالعجمية ولو شهد شاهد أنه طلق يوم السبت وآخر أنه طلقها يوم الأحد لم تثبت شهادتهما لأنهما لم يتفقا على شئ واحد وليس هو اخبار حتى ينظر الى المقصود والمخبر عنه وعن صاحب التقريب ان من الأصحاب من جعل الاقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج قال الامام رحمه الله (أما) التخريج من الطلاق فى الاقرار فهو قريب فى المعنى وان بعد في النقل لان الشاهدين لم يشهدا على شئ واحد بل شهد هذا على اقرار وشهد ذاك على اقرار آخر والمقصود من اشتراط العدد فى الشهادة زيادة التوثق والاستظهار واذا شهد كل واحد على شئ لم يحصل هذا المقصود فاتجه أن لا يحكم بقولهما (وأما) التخريج من الاقرار في الطلاق فبعيد نقلا ومعني لان من

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان قال أبو الطيب بن سلمة يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وان كان في كل واحد منهما شيرج وكما يجوز بيع دار بدار وان كان في كل واحدة منهما بئر ماء وقال أكثر أصحابنا لايجوز لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجز كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم لأنه لايحصل إلا بطحن وعصر واللبن موجود في الضرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة وأما الدار فان قلنا ان الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع احدى الدارين بالأخري ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهم ونسب الشيخ أبو حامد الثاني إلى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو اسحق وكذلك القاضي أبو الطيب نسبه إلى أصحابنا وقال نصر انه المذهب وقال المحاملي انه ظاهر المذهب وجزم به في اللباب وأصح الوجهين الثاني وبه جزم ابن أبي هريرة لما ذكره المصنف ولأنه يشبه بيع شاة معها لبن في اناء بشاة معها لبن في اناء ووافق أبو الطيب بن سلمة على امتناع بيع الشاة التي في ضرعها لبن بلبن فلذلك شبه المسألة التي خالف فيها بالسمسم بالسمسم وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسم بالسمسم بفرقين (أحدهما) ماذكره المصنف وغيره من

طلق اليوم ثم طلق غداً والمرأة رجعية فزعم أنه أراد طلقة واحدة لم يقبل منه فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر علي طلاق الغد حتي لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت اوبالعربية والثاني على أنه قذف يوم الاحد او بالعجمية لم يثبت بشهادتهما شيء أوشهد احدهما على اقراره بانه يوم السبت قذف أو بالعربية قذفه والثاني على اقراره بانه يوم الاحد قذفه أو بالعجمية قذفه فلا تلفيق ايضا لان المقر به شيئان مختلفان وقد قطع به الشيخ أبو محمد ولو شهد شاهد بالف من ثمن مبيع وآخر بالف من قرض أوشهد أحدهما بالف استقرضه يوم السبت وآخر بالف استقرضه يوم الاحد لم تثبت شهادتهما لكن للمدعى أن يعين أحدهما ويستأنف الدعوي عليه ويحلف مع الذى شهد له وله أن يدعيهما ويحلف مع كل واحد من الشاهدين وإن كانت الشهادتان على الاقرار شهد احدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض ففي ثبوت الالف وجهان (الظاهر) انه لايثبت أيضا وربما بنو الوجهين على الوجهين فيما اذا ادعى عليه الفا من ثمن مبيع فقال المدعى عليه لك على ألف ولكن من قرض هل يحل للمدعى أخذ الألف لاتفاقهما عليه ولاختلافهما في

الأصحاب (والثانى) هذه وهو أن السمسم إذا بيع بالسمسم فالمقصود منه الشيرج فاما التفل الذى يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المماثلة بينهما كيلا فيصح البيع ولم يمنعه التفل كالتمر بالتمر إذا كان فيهما نوى حيث لم يكن مقصوداً بخلاف الشاة باللبن فان الشاة مقصودة واللبن له قسط من الثمن ولو باع شاة لبوناً بشاة لبون وهما مستفرغتا الضرع جاز قل القاضي حسين فلذلك قال المصنف فى ضرعها لبن احترازاً عن هذا وافهم كلام المصنف أنا إذا قلنا ان الماء لايملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه ليس بر بوى لايحتاج الى الفرق ويسقط التمسك به (وان قلنا) بأنه مملوك ر بوى منعنا الحكم فلا يصح القياس عليه و بيان ذلك انه ان قلنا لايملك صح بيع الدار بالدار ولم يتناول البيع الماء فانه غير مملوك على هذا القول واذا تخطى رجل إلى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه فى دخوله الدار بغير اذن (وان قلنا) يملك وهو غير ر بوى صح البيع وتناوله (وان قلنا) ر بوى امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبي الطيب بن سلمة بذلك ساقط ومنع بيع احدى الدارين المذكورتين بالأخرى على القول بأن الماء مملوك ر بوى قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال فى الباب الذى بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله ان ماء البئر لا يدخل في مطلق بيع الدار على الوجهين لانه فى أحدهما غير مملوك وفى الأخرى بماء ظاهر ولايدخل فى البيع الا بالشرط كالطلع المؤبر (قلت) ومتى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضاً فى باب بيع الثمار و بأنه لايملك فى أحدهما وفى الآخر يكون مجهولا فيها ولا يمكن تسليمه

الجهة (ان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ لم يثبت الألف والا ثبت ولو ادعى الفاً فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن الفاً والثانى على أنه ضمن خمسمائة ففي ثبوت خمسمائة قولان عن ابن سريج وهذا قريب من التخريج المذكور فى الانشاءات أو هو هو ولو شهد أحد شاهدى المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين والآخر على أنه أبرأه فلا يلفق على المذهب ولو شهد الثانى على أنه برئ اليه منه قال أبو عاصم العبادى يلفق لأن اضافة البراءة الى المديون عبارة عن ايفائه وقيل بخلافه *

﴿ فرع ﴾ أورده فى هذا الموضع ادعى رجل ألفين وشهد له شاهد بألفين وآخر بألف ثبت الألف وله أن يحلف مع الذى شهد بالألفين و يأخذ الكل وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الاقرار وقال أبو حنيفة رحمه الله انه لايثبت الالف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين العشرون كالألف والألفين وفيه وجه لان لفظ الثلاثين لايشتمل علي العشرين ولفظ الالفين يشتمل على الالف ور بما سمع أحد الشاهدين بالألف وغفل عن الآخر ولو ادعى الفاً فشهد له شاهد بألف والآخر بألفين فالثانى شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي مصيره بذلك مجروحاً وجهان

لانه الى أن يسلمه يختلط به غيره ومتى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف لان الاختلاط ههنا لايضر لان الجميع ملك المشترى قال ابن الرفعة صرح بحكاية ذلك الامام وقال القاضى حسين ان كان فى موضع لاقيمة للماء فيه يجوز وان كان فى موضع الماء فيه قيمة ولم يسميافى العقد أيضاً يجوز وان سميا فى العقد فانه لايجوز و يصير كمسألة مد عجوة و بني القاضى حسين ذلك على أصل قدمه فى بيع الدار التى فيها البئر مطلقاً فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة فى ذلك المكان أولا فقال إن كان مما لاقيمة له يدخل فى العقد وقيل لايدخل إلا بالتسمية كسائر المنقولات التى تكون فى البيت وحكى عن القاضى وجهاً آخر أنه يندرج كالثمار التى لم تؤبر (واذا قلنا) انه غير مملوك اختص به المشترى كما كان يختص به البائع و جزم الرويانى فى الحلية بان الماء الظاهر عند البيع لايدخل يعنى عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه وما ينبع بعده كان للمشترى والذى قاله الرافعي ان الأصح الصحة تبعاً وعلى هذا يشكل الفرق فان تبعية الماء للدار كتبعية اللبن لشاة والاظهر عند الامام أيضا الصحة وعلله بان الماء الكائن فى البئر ليس مقصوداً ولا يرتبط به قصد (وقوله) الكائن فى البئر احتراز جيد فان ماء البئر من حيث الجملة مقصود فى الدار ولكن لاغرض فى ذلك للقدر الكائن وقت العقد ومع قول الامام ان هذا هو الظاهر فان الثانى هو القياس وانه لاينقدح للجواز وجه فى القياس لكن عليه العمل ومعتمده سقوط القصد الى الماء الحاصل ثم أورد الامام سؤالا وانفصل عنه أما السؤال فان خل التمر إذا بيع بخل الزبيب وقلنا ان الماء ربوى امتنع البيع والماء ليس مقصوداً فى الخل كما أنه ليس مقصوداً فى مسألة الدار وانفصل عنه بان

ان لم يصر مجروحا فشهادته فى الزيادة مردودة وفى المدعى قولا تبعيض الشهادة وقطع بعضهم بثبوت الالف وخص الخلاف بالتبعيض بما اذا اشتملت الشهادة علي ما يقتضى الرد كما اذا شهد لنفسه ولغيره فأما اذا زاد على المدعى فقوله فى الزيادة ليس بشهادة بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة فى غير مجلس الحكم (وان قلنا) انه يصير مجروحاً فقد ذكر فى التهذيب أنه يحلف مع شاهد الالف ويأخذه قال الامام رحمه الله تعالى انه على هذا الوجه بما يصير مجروحا فى الزيادة فاما الالف المدعى فلا جرح فى الشهادة عليه لكن اذا ردت الشهادة فى الزائد كانت الشهادة فى المدعى على قولى التبعيض فان لم نبعضها فلو اعاد الشهادة بالالف قبلت لموافقتها الدعوى وهل يحتاج الى إعادة الدعوى قال فيه وجهان (أظهرهما) المنع ونختم الباب بخاتمتين (احدهما) في فروع لائقة بالباب (منها) لواقر بجميع مافى يده أو ينسب اليه صح فلو تنازعا فى شيء انه هل كان فى يده يومئذ فالقول قول المقر وعلى المقر له البينة ولو قال ليس لى مما في يدك الا ألف صح وعمل

الماء يستعمل على صفة الخل حتى كأنه انقلب خلا فلم يخرج مقدار الماء عن كونه مقصوداً وان كان لايقصد ماء وهذا لايتحقق فى البئر ومائها * وقد يقال كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد فى البئر فانه غير مقصود وقد تقدم فى مسألة مد عجوة الكلام فى شىء من ذلك وقال الماوردى إن قلنا لاربا فى الماء جاز مطلقاً وان قلنا فيه ربا فان كان الماء محرزاً فى الأحباب فهو مملوك قطعاً ولا يجوز البيع حينئذ خوف التفاضل وان كان فى الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكا لمالك البئر فعلى هذا يمتنع إلا أن يكون ماحا فيجوز لأن الماء الملح غير مشروب ولا ربا فيه وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعى رضى الله عنه ان ماء البئر لايملك الا بالأخذ والاجارة وكذلك ماء العين والنهر وانما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف فى بئره أو نهره لأن من اشترى داراً ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم ولو كان مملوكا لزمه غرمه كما يغرم لبن الضرع ولأن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها (قلت) وهذا الذى قاله فيه نظر فان الذى صححوه فى احياء الموات أنه يملك ماء البئر والله أعلم * وقال ابن الرفعة بعد حكايته كلام القاضى فى بيع الدار التى فيها البئر هذا لاشك فيه بناء على أصله فى أن الماء لايدخل فى اطلاق العقد أما اذا قلنا يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذى ذكره الغزالى للامام فيما نظمه والله أعلم * نعم لك أن تقول الجزم بصحة العقد مع عدم دخول مافى البئر من الماء نظر لايمكن أخذه الا

بمقتضاه ولو قال لاحق لى فى شيء مما فى يد فلان ثم الدعى شيئامنه وقال لم اعلم كونه فى يده يوم الاقرار صدق بيمينه ولو قال لفلان على درهم أودينار لزمه احدهما وطولب بالتعيين وعن رواية الشيخ أبى على وجه ضعيف انه لايلزمه شىء ولو قال على الف أوعلى زيد أوعلى عمرو لم يلزمه شىء وكذا لو قال على سبيل الاقرار انت طالق اولا فان ذكره فى معرض الانشاء طلقت كما لو قال أنت طالق طلاقا لايقع عليك ولو قال على الف درهم والا لفلان على الف دينار لزمه وهذا للتأكيد والاقرار المطلق يلزمه ويؤاخذبه المقر على المذهب المشهور وخرج فيه وجه أنه لايلزمه حتي يسأل المقر عن سبب اللزوم لأن الاصل براءة الذمة والاقرار ليس موجباً فى نفسه وأسباب الوجوب مختلف فيها فربما ظن ما ليس بموجب موجباً وهذا كما أن الجرح المطلق لايقبل وكما لو اقر بان فلانا وارثه لايقبل حتى يبين جهة الوراثة ولو قال وهبت منك كذا أو خرجت منه إليك لم يكن مقرا بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة وعن القفال أنه مقر بالقبض لأنه نسب إلى نفسه مايشعر بالاقباض بعد العقد المفروغ عنه ولو أقر الآن بعين مال لابنه فيمكن أن يكون مستند اقراره مايمنع الرجوع

مختلطاً

مختلطاً بملك المشتري فكما لم يصح بيع الجمة بمفردها حذراً من الاختلاط بملك البائع ينبغي أن لا يصح إذا بيعت الجمة للبائع حذراً من الاختلاط بملك المشتري وان تخيل فى الفرق ان الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا فى غير المبيع فلا يمنع التسليم فلا يمنع الصحة (قلنا) ذلك يقتضي صحة بيع الأصل وغلة ثمره تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها إلا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشتري والمنقول فيها عدم الصحة لكن قد يفرق بين ذلك وما نحن فيه بان الثمار مقصود الأشجار كما ستعرفه ثم ولا كذلك ماء البئر في بيع الدار وأما في بيع البئر ففيه وقفة في حال كون الماء له قيمة والله أعلم * انتهى كلام ابن الرفعة * ومنع بيع النخلة المثمرة بالنخلة المثمرة من جنسها باطل اتفق عليه الأصحاب وممن صرح به ابن أبي هريرة وغيره فلو كان على احداها ثمرة ولا شيء على الأخرى جاز وكذلك الشاة التي فيها لبن بالشاة التي لا لبن فيها صرح بهما ابن أبى هريرة والماوردي إلا أن تكون احداهما مذبوحة فذلك يمتنع لأمر آخر وهو بيع حيوان بلحم ﴿ فائدة ﴾ عرفت أن أبا الطيب بن سلمة قائل بالجواز فى بيع الشاة بالشاة والدار بالدار وقد صرح الغزالى فى البسيط فقال فى بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون وفى ضرعهما لبن حكى أصحابنا عن أبى الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين وأطلق الخلاف فيها ولم ينسب فيها إلى أبي الطيب بن سلمة شيأ وفي الوسيط ذكر لفظاً مشكلا فقال بعد

ويمكن أن يكون مستنده مالا يمنع وهو الهبة فهل له الرجوع عن الماوردى وأبى الطيب أنهما افتيا بثبوت الرجوع تنزيلا للاقرار على أضعف الملكين وأدنى السببين لما ينزل على أقل المقدارين وعن الشيخ العبادى أنه لا رجوع لأن الاصل بقاء الملك للمقر له ويمكن أن يتوسط فيقال أن أقر بانتقال الملك منه الى الابن فالأمر كما قال القاضيان وان أقر بالملك المطلق فالامر كما قال العبادى ولو أقر فى وثيقة انه لا دعوى له على فلان ولا طلب بوجه من الوجوه ولا سبب من الاسباب ثم قال انما اردت فى عمامته أو قميصه لا فى داره وكرمه قال القاضى أبو سعيد بن يوسف هذا موضع تردد والقياس أنه يقبل لأن غايته تخصيص عموم وهو محتمل (الثانية) المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر وتفسيره وذلك بان يحيله على معروف وذلك ضربان (أحدهما) أن يقول له على من الدراهم بوزن هذه الصنجة أو بالعدد المكتوب فى كتاب كذا أو بقدر ما باع به فلان عبده وما أشبه ذلك فيرجع إلى ما أحال عليه (والثانى) أن يذكر ما يمكن استخراجه من الحساب فمن أمثلته مسألة المفتاح وهو أن يقول لزيد على الف درهم إلا نصف مالا بنه على ولابنه على الف إلا ثلث مالزيد على ولمعرفته طرق (أحدها) أن يجعل لزيد شيئاً ويقول للابن الف إلا ثلث شىء فيأخذ نصفه وهو خمسمائة الا سدس شىء ويسقط من الألف يبقى خمسمائة وسدس شىء وذلك يعدل شيئاً فالمفروض لزيد لأنه جعل له الفاً إلا نصف مالا بنه

أن جزم بالبطلان فى مسألة اللبون وحكى الوجهين فى مسألة الدارين وسوى بالمنع فيهما واستشكله الفضلاء وتأويل كلامه فى الوسيط وغاية ما ظهر لى فى تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعي وهو البطلان الذى جزم به فى مسألة الشاة اللبون لكن لايستمر ذلك فى مسألة الدارين فانه اقتصر علي حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان ولعل ذلك وهم من ناسخ أوسبق قلم والله أعلم * وكذلك قال ابن أبى الدم في كلامه على الوسيط ان ذلك غلط على أبى الطيب بن سلمة *

﴿ فرع ﴾ بيع الشاة التى فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردى مأخذهما أن الألبان جنس أو أجناس وبالصحة جزم الصيمرى فى الكفاية كما تباع النخلة بالكرم وههنا بلبن الآدمي (ان قلنا) الالبان أجناس (وان قلنا) جنس واحد فيبنيه على أن لبن الآدمى معها جنس أو جنسان وفيه وجهان تقدما * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض لان عامة منافعه فى هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذى فيه حموضة لانه لبن خالص وانما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير ﴾

فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء فى مقابلة خمسمائة فيكون الشيء التام ستمائة وهو مالزيد فاذا أخذت ثلثها وهو مائتين وأسقطته من الألف فبقي ثمانمائة وهي ماأقر به للاثنين (والثانى) أن يجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثنائه الثالث منه ويسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الابن فيكون لهما الف ناقص شيء ثم تأخذ نصفه وهو خمسمائة الا نصف شيء وتزيده على مافرضناه لزيد وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء وذلك يعدل الالف درهم فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة فى مقابلة ستين ونصف شيء فيكون الشيء مائتين وقد كان لزيد ثلاثة أشياء فهى اذن ستمائة (والثالث) أن تقول استثني من أحد الاقرارين النصف ومن الآخر الثلث فيضرب مخرج احدهما فى مخرج الآخر يكن ستة ثم ينظر فى الجزء المستثني من الاقرارين وكلاهما واحد فتضرب واحداً فى واحد يكون واحد انتقصه من الستة يبقى خمسة فتحفظها وتسميها المقسوم عليه ثم تضرب مايبقى من مخرج كل واحد من الجزءين بعد اسقاطه فى مخرج الثاني وذلك بان تضرب مايبقي في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد فى مخرج الثلث وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها فى الألف المذكور فى الاقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه وهو خمسة يخرج نصيب الواحد وهو ستمائة وهو مالزيد وتضرب مايبقى فى مخرج الثلث بعد الثلث وهو اثنان فى مخرج النصف وهو اثنان يكون اربعة تضربها فى الألف يكون اربعة الاف تقسمها علي الخمسة يخرج من القسمة ثمانمائة فهو ماللابن * ولو قال لزيد على عشرة إلا ثلثي مالعمرو ولعمرو عشرة

(الشرح) الحليب قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السلم من الأم هو ما يحلب من ساعية وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته وذلك حين ينتقل إلى أن يخرج من اسم الحليب والرائب فسره الأصحاب بأنه الذي حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله قال الامام فيما حكي عنه والرائب الذي خثر بنفسه من غير نار قال ابن الرفعة أي ولا القيت فيه انفحة ونحوها (أما) حكم المسألة فقد ذكر المصنف ثلاث مسائل ومقصوده في جميعها جواز البيع من حيث الجملة وأما كونه متماثلا أو متفاضلا فذلك معلوم من كون الالبان جنسا واحدا أو أجناس ووجوب التماثل على الاول دون الثاني وقد تقدم ذلك والمقصود هنا جواز البيع وان ذلك ليس من الرطب الذي يمتنع بيع بعضه ببعض لأنه لاينتهي الى جفاف ولان معظم منفعته حال كونه لبنا ولاخلاف في جواز ذلك وقد تقدم أن الشافعي رضي الله عنه نبه على هذا القسم وافرد له بابا وذكر انه خارج من معني مايكون رطبا بما تقدم بيانه قال الشافعي هناك وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه لانا لذلك نجده في كل أحواله لا منتقلا الا بنقل غيره فقلنا لا باس بابن حليب بابن حامض وكيف ما كان بابن كيف ماكان حليبا أو رائبا أو حامضا ولا حامضا بحليب ولا حليبا برائب ما لم يخالطه ماء فاذا خالطه ماء فلا خير فيه وذكر

إلا ثلاثة أرباع مالزيد تضرب المخرج في المخرج يحصل اثنى عشر ثم تضرب أحد الجزءين في الباقي وهو اثنين في ثلاثة يكن ستة تسقطها من اثني عشر يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثلث بعد اخراج الثلثين وهو واحد في اربعة يكون اربعة تضربها في العشرة المذكوة في الاقرار يكون اربعين نقسمها على الستة يكون ستة وثلثين وذلك ماأقر به لزيد ثم يضرب واحد وهو الباقي في مخرج الربع بعد اخراج الارباع الثلاثة في ثلاثة يكون ثلاثة تضربها في العشرة يكون ثلاثين تقسمها على الستة يكون خمسة وهو ماأقر به لعمرو والطريقان الاولان يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها (وأما) الطريق الثالثة فانه لاتطرد فيما اذا اختلف المبلغ المذكور في الاقرارين وتخرج فيما اذا كانت الاقارير ثلاثة فصاعدا مثل أن يقول لزيد عشرة الا نصف مالعمرو ولعمرو عشرة الا ثلث مالبكر ولبكر عشرة الا ربع مالزيد الى تطويل لايؤثر ذكره في هذا الموضع *ولو قال لزيد على عشرة الانصف مالعمرو ولعمرو ستة الا ربع مالزيد يكون مقرا لزيد بثمانية ولعمرو باربعة ولو قال لزيد على عشرة الانصف ما لعمرو ولعمرو عشرة الا ربع مالزيد يكون مقرا لزيد بخمسة وخمسة أسباع ولعمرو ثمانية وأربعة أسباع وقد يصور صدور كل اقرار من شخص بان يدعى مالا على زيد وعلى عمرو فيقول زيد لك على عشرة الا نصف مالك على عمرو ويقول عمرو لك على عشرة الا ثلث ما على زيد فطريق الحساب لايختلف *

الشافعى رضى الله عنه مسألة الحائض هنا وهو المخيض وسيأتى فى كلام المصنف مفردا بالذكر ثم أن المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعلة فذكر فى مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية منا فعه كالتمر والفرق بينه وبين الرطب من ثلاثة أوجه (أحدها) أن عامة منافع الرطب فى حال كونه تمرا وتناوله فى حالة الرطوبة يعد عجلة وتفكها (والثانى) قول الشافعى رضى الله عنه ان الرطب يشرب من أصوله ويجف بنفسه يشير الى أن اللبن فى حال كماله والرطب ليس كذلك بل ينتقل اليها (والثالث) فرق ابو اسحق أن الرطوبة فى اللبن من مصلحته وهى الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب لانه يعد الجفاف كذلك وجاز بيع اللبن باللبن ولو كان فى كل منهما زبد لان بقاء الزبد فيه من كمال منفعته وهو فى اغلب الاحوال مأكول معه بخلاف الشمع فى العسل .·. قال الامام (فان قيل) اللبن مشتمل على السمن والمخيض وهما جنسان مختلفان (قلنا) اللبن يعد جنسا واحدا كالسمسم بالسمسم وفيهما الدهن والتفل وكالتمر بالتمر وفيهما الطعم والنوى قال الامام وأوقع عبارة فى الفرق بين الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر العسل فى أصله فان النحل ينسج البيوت من الشمع المحض ثم يلقى فى خلاله العسل المحض فالعسل متميز فى الاصل ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع

﴿ الباب الثالث * فى تعقيب الاقرار بما يرفعه ﴾

قال ﴿ وله صور (الأولى) اذا قال على الف من ثمن خمر او خنزير أو من ضمان شرط فيه الخيار ففى لزومه قولان يجريان فى تعقيب الاقرار بما ينتظم لفظا فى العادة ويبطل حكمه * وكذلك اذا قال على الف من ثمن عبد ان سلم سلمت * فعلى قول لايطالب الا بتسليم العبد * وعلى قول يؤاخذ بأول الاقرار * ولو قال الف لايلزم يلزمه لأنه غير منتظم * وقيل قولان * ولو قال على الف قضيته فالأصح انه يلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف ان شاء الله فالاصح أنه لايلزمه * وقيل قولان * ولو قال الف مؤجل فالأصح أنه لايطالب فى الحال * وقيل قولان * ولو ذكر الأجل بعد الاقرار لم يقبل * ولو قال الف مؤجل من جهة تحمل العقل قبل قولا واحدا * ولو قال من جهة القرض لم يقبل قولا واحدا * ولو قال على الف ان جاء رأس الشهر فهو على القولين اذ وقع لزوم الاقرار بالتعليق * ولو قال ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه أصلا * لأن الاقرار المعلق باطل (الثانية) اذا قال له على الف ثم جاء بألف وقال هو وديعة عندى قبل * لأنه يتصور أن يكون مضمونا عليه بالتعدي وكان لازما عليه * ولا يقبل قوله فى سقوط الضمان لو ادعى التلف بعد الاقرار وفيه قول آخر أنه لايقبل تفسيره بالوديعة أصلا فيلزمه الف آخر * وهو اظهر فيما اذا قال على وفى ذمتى أو قال الف دينا ﴾*

بعض الخلط بالتعاطى والضغط وليس اللبن كذلك وهذا الفرق الذى ذكره الامام فى غاية الحسن وفى مسألة الرائب بالحليب ذكر مايندفع به توهم أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه التغيير كمان التمر المتغير لايخرج عن حالة الكمال وممن جزم بذلك المحاملى والقاضى أبو الطيب لكنه لم يشبهه بالرائب وانما قال لبنا حليبا بلبن قد حمض وتغير طعمه يجوز وجزم ابن أبي هريرة بمسألة الرائب بالرائب كما قال المصنف وكذلك القاضى حسين وذكر الماوردى جواز الحليب بالرائب والحامض إذا لم يكن زبدهما ممخوضاً لانه بيع لبن فيه زبده بلبن فيه زبده فصار كبيع الحليب بالحليب هكذا قال الماوردى ينبغى أن يحقق ما المراد بالرائب فان ابن أبى هريرة جزم بجواز بيعه بالزبد كما سيأتى والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من غير نار كما قال الامام •

﴿ فرع ﴾ والمعيار فى اللبن الكيل نص عليه الشافعى والاصحاب قال الرافعى فى كلامه ما يقتضى تجويز الكيل والوزن جميعاً (قلت) وانما فى كلام الامام مايقتضى التردد فانه قال فان كان يوزن فكذا وان كان يكال فكذا وهذا يقتضى الشك وان لم يتحرر عندهم معياره وليس فيه حكم بتجويز الأمرين هكذا أطلقوا المسألة وكلام صاحب التهذيب صريح فى أنه يباع اللبن باللبن كيلا سواء كانا حليبين أو رائبين أو حامضين وهو ظاهر فيما عدا الرائب وأما الرائب الخاثر ففيه نظر لان الشافعى قال فى اللبا ما يقتضى أن المعيار فيه الوزن لا الكيل فقال انه لايجوز السلم في اللبا الا مكيالاً من قبل تكبيسه وتجافيه

يعقب الاقرار بما ينافيه اما بالاستثناء أو غيره (والثانى) ينقسم الى مايرفعه أصلا والى غيره (والأول) ينقسم الى مالا ينتظم لفظا فيلغو والى ماينتظم فان كان مفصولا لم يقبل وان كان موصولا ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب واذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أى قبيل هى (أما) الاستثناء فسيأتي حكمه فمن المسائل اذا قال لفلان على الف من ثمن خمر أو كلب أو خنزير نظر ان وقع قوله من ثمن خمر منفصلا عن قوله على الف فتلزمه الألف وان كان موصولا ففيه قولان (أحدهما) وهو اختيار المزنى وأبى اسحق انه يقبل ولا يلزمه شيء لأن الكل كلام واحد فيعتبر بآخره ولا يتبعض كلامه (والثانى) لايقبل فيعتبر أوله ويلغى آخره لأنه وصل باقراره ما يرفعه فاشبه ما اذا قال على الف لاتلزمنى أو فصل قوله عن ثمن خمر عن الاقرار وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فعلى هذا لو قال المقر كان ذلك من ثمن خمر وظننته لازماً فله تحليف المقر له على نفيه ويجرى القولان فيما إذا وصل باقراره ماينتظم لفظه فى العادة ولكنه يبطل حكمه شرعاً إذا أضاف المقر به إلى بيع فاسد كالبيع باجل مجهول وخيار مجهول أو قال تكفلت ببدن فلان بشرط الخيار أو ضمنت لفلان كذا بشرط الخيار وما أشبه ذلك وفى كلام الأئمة ذكر مأخذين لهذا الخلاف

فى المكيال اللبن الرائب فيه شبه من اللباوقد يقال إن عقد اللبا أكثر فلذلك يتجافى بخلاف الرائب وقد تعرض الامام لهذا الاشكال فاورد على نفسه أنه إذا خثر الشيء كان أثقل والذى يحويه المكيال من الخاثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس غير مبني على التفاوت فى الوزن مع التساوى فى المكيال فانا لو اعتبرنا ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس إذا كان يوزن ولكنا اعتمدنا خروج الدبس عن حالة الكمال وأما الرائب الخاثر فقد قطع الاصحاب بجواز بيعه باللبن وجواز بيع بعضه ببعض ويتجه فى بيع بعضه بالبعض أن يقال الانعقاد جرى فى اللبن على تساو ولا يربو فى الاناء اذا انعقد رائبا ولا ينتقص فانه طبيعة فى نفس اللبن عقاده وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء فأما بيع الخاثر باللبن فان كان يوزن فيظهر تجويزه فان كان يكل فبيع اللبن الحليب بالرائب الخاثر كيلا فيه احتمال ظاهر فى المنع ووجه التجويز تشبيه الخاثر بالحنطة الصلبة المغلة تباع بالرخوة فالخاثر بالحليب يشبه الحنطة الصلبة بالرخوة انتهى كلام الامام * ومن هنا قال الرافعى إن في كلام الامام مايقتضى تجويز الكيل والوزن وأنت قد سمعت كلام الامام وليس فيه حكم بكيل ولا وزن وانما فيه انه تردد ركانه لم يتحرر عنه هل هو مكيل او موزون وقد صرح الرافعى والأصحاب بانه مكيل فتلخص من هذا أن بيع الرائب بالرائب كيلا جائز جزما وبيع الرائب بالحليب كيلا جائز وفيه احتمال الامام وعند الاحتمال فى المسألتين فى الرائب بالرائب وفى الرائب

(أحدهما) بناءه على القولين فى تبعيض الشهادة إذا شهد لابنه واجنبي ولك أن تقول هذا لايشبه مسألة الشهادة لأن الشهادة للاجنبي والشهادة للابن أمران لاتعلق لأحدهما بالآخر وانما قرن بينهما الشاهد لفظا والخلاف فيها شبيه بالخلاف فى تفريق الصفقة وأما ههنا فالمذكور أولا مستند الى المذكور آخراً ولكنه فاسد فى نفسه مفسد للاول ولهذا لو تقدم ذكر الخمر فقال لفلان على من ثمن الخمر الف لم يلزمه شيء بحال وفى الشهادة لافرق بين أن يقدم الابن أو الاجنبي ثم هب انهمامتقاربان لكن ليس بناء الخلاف فى الاقرار على الخلاف فى الشهادة بأولى من القلب والعكس (والثانى) أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف فى حد المدعى والمدعى عليه (ان قلنا) المدعي من لو سكت ترك فههنا لو سكت عن قوله من ثمن خمر لترك فهو باضافته الى الخمر مدع فلا يقبل قوله ويحلف المقر له (وان قلنا) المدعى من يدعى أمراً باطناً قبل قول المقر لان الظاهر معه وهو براءة الذمة والمقر له هو الذي يدعي أمراً باطناً وهو زوال أصل البراءة ولك أن تقول لو صح هذا البناء لما افترق الحال بين أن يضيفه الى الخمر موصولا أو مفصولا ولوجب أن يخرج التعقب بالاستثناء على هذا الخلاف وقال الامام رحمه الله بعد ذكر القولين كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلا بأن

بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعي فى اللبا والله أعلم * وما ذكره الامام من انعقاد اجزائه على تساويه ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة ممنوع وقال ابن الرفعة اللبن الخاثر يظهر ان يكون كالسمن الرائب قال وفي كلام الامام مايدل على انه يجوز كيله ووزنه وكأنه تبع الرافعى فيما فهم من كلام الامام *

﴿ فرع ﴾ يشترط فى بيع الحليب بالجبن ان يكيله ولا رغوة فيه فلو كان فيه رغوة فيهما اوفي احدهما لم يصح حتى يسكن للجهل بالتماثل وحقيقة التفاضل وهذا مستفاد من قول الشافعي فى السلم انه اذا اسلف فيه مكيل فليس له أن يكيله برغوته لاتزيد فليست بلبن يبقى بقاء اللبن مع ان بيع الحليب وعليه الرغوة لايجوز مطلقا كيلا نص عليه الصيمرى فى شرح الكفاية للجهل بالمقصود فاما وزنا فلا بأس إذا كان بغير جنسه *

ثمن الخمر لايلزم و بين أن يكون عالما فيعذر الجاهل دون العالم لكن لم يصر اليه أحد من الاصحاب * (ومنها) اذا قال على الف من ثمن عبد لم أقبضه اذا سلمه سلمت الالف ففيه طريقان (أحدهما) أن قبول قوله من ثمن عبد لم أقبضه على القولين السابقين وفى قول يقبل ولا يطالب بالالف الا بعد تسليم العبد وفى قول يؤاخذ بأول الاقرار ولا يحكم بثبوت الالف ثمنا وهذا ماأورده فى الكتاب (وأصحهما) القطع بالقبول وثبوته ثمنا ويفارق صور القولين فان المذكور آخراً منها يرفع المقر به وههنا بخلافه وعلى هذا فلو قال على الف من ثمن عبد واقتصر عليه ثم قال مفصولا لم أقبض ذلك العبد قبل أيضاً لانه علق الاقرار بالعبد والاصل فيه عدم القبض نعم لو اقتصر على قوله لفلان علي الف ثم قال مفصولا هو من ثمن عبد لم اقبضه لم يقبل ولا فرق عندنا بين أن يعين العبد فيقول على الف من ثمن هذا العبد اذا سلمه سلمت الالف وبين أن يطلق فيقول من ثمن عبد وقال أبو حنيفة رحمه الله ان عين قبل وان أطلق لم يقبل ولزمه الالف (ومنها) لو قال على الف قضيته ففيه طريقان (أحدهما) القطع بلزوم الالف لقرب اللفظ من عدم الالتزام فان ماقضاه لايكون عليه بخلاف قوله من ثمن الخمر فانه ربما يظن لزومه وهذا أصح عند صاحب الكتاب (وأصحهما) عند الجمهور أنه على القولين لأن مثله يطلق فى العرف والتقدير كان له على الف فقضيته ويجرى الطريقان فيما اذا قال لفلان على الف ابرأني عنه ولو ادعى عليه الفاً فقال قد قضيته فالمشهور ماذكرناه فى الباب الاول وهو انه اقرار وجعله أبو على البندنيجى بمثابة مالو قال على الف قضيته (ومنها) اذا قال على الف ان شاء الله فالصحيح أنه لايلزمه شيء لانه لم يلزم بالاقرار وقد علقه على المشيئة وهى غيب عنا وأيضاً فان الاقرار اخبار عن واجب سابق والواقع لايتعلق بالغير وعن صاحب التقريب ان من الاصحاب

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين وصاحب التهذيب الهريد بالهريد لايجوز لتأثر النار فيه (قلت) والهريد (١) *

﴿ فرع ﴾ ويجوز بيع الخاثر بالحليب والرائب والحامض أيضاً لان التفاوت بين الخاثر وغيره في الوزن والوزن لااعتبار به لان المعيار فيه الكيل قاله الرافعي *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضي الله عنه في الام لاخير في لبن مغلى بلبن على وجهه لان الاغلاء ينقص اللبن ووافقه الشيخ أبو حامد والمحاملي ونصر المقدسي والبغوى ولو كان مسخناً من غير غليان صح قاله الروياني *

﴿ فرع ﴾ شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء فاما إذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف *

(١) بياض بالاصل فحرر

من جعله على الخلاف فيما اذا قال من ثمن خمر لانه لو اقتصر علي أول الكلام لكان اقراراً جازما ولو خرجوا طريقاً آخر جازما باللزوم لكان قريبا بناء على أن تعليق السابق لاينتظم وبهذا قال احمد * ولو قال على الف ان شئت أو شاء فلان فالمشهور بطلان الاقرار وقال الامام رحمه الله الوجه تخريجه على القولين لانه نفي بآخر كلامه مقتضى أوله قال وليس ذلك كقوله ان شاء الله وان شاء زيد فان مثل هذا الكلام يطلق للالتزام في المستقبل ألا ترى أنه لو قال لك على كذا ان رددت عبدى الآبق كان ذلك التزاما في المستقبل ولو قال على الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا قدم فلان اطلق مطلقون أنه لايكون اقراراً لان الشرط لاأثر له في ايجاب المال والواقع لايعلق بالشرط وذكر الامام رحمه الله وغيره أنه على القولين لان صدر الكلام صيغة التزام والتعليق يرفع حكمه ويمكن أن يكون اطلاق من أطلق اقتصاراً على الاظهر من القولين في المسألة وهذا اذا أطلق وقال قصدت التعليق أما اذا قال قصدت به كونه مؤجلا الى رأس الشهر فسيأتي ولو قدم التعليق فقال ان جاء رأس الشهر فعلى الف لم يلزمه شيء لانه لم توجد صيغة التزام جازمة نعم لو قال أردت به التأجيل برأس الشهر قبل وفى التتمة حكاية وجه أن مطلقه يحمل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب فيما اذا أخر صيغة التعليق فقال على الف اذا جاء رأس الشهر ولم يذكر غيره فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب لم يلزمه أصلا - بالواو - قوله في الصورة الاولى فهو على قولين أيضا ولعلك تقول ماحكيت في صورة التعليق افهمني أن ظاهر المذهب بطلان الاقرار فيما اذا قال من ثمن الخمر والخنزير ان الاصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ماأقر به فبل من فارق (والجواب) أنه يمكن أن يقال دخول الشرط على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية والجملة اذا صارت جزأ من جملة أخرى

(فرع) إذا حمى اللبن قليلا بحيث لاتأخذ النار منه فلا يمنع بيع بعضه ببعض قاله الشيخ أبو حامد ونصر ويجوز بيع لبن الغنم بلبن البقرمتفاضلا على الصحيح * المشهور أنها أجناس وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من لبن الصنف الآخر وقد تقدم التنبيه علي ذلك فان فرعنا علي ان الألبان جنس فلايباع أحدهما بالآخر إلا على الوجه المذكور فيما تقدم وممن صرح بذلك هنا صاحب التهذيب *

تغير معناها (وقوله) من ثمن خمر أو خنزير لايغير معني صدر الكلام وانما هو بيان جهته فلا يلزم من أن لايبعض الاقرار عند التعليق بل يلغى تحرزاً من اتخاذ جزء الجملة جملة برأسها أن لاينبعض في الصورة الاخرى (ومنها) لو قال على الف مؤجل الى وقت كذا نظر ان ذكر الاجل مفصولا لم يقبل وان ذكره موصولاً ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد لم أقبضه والظاهر القبول وبه قال أحمد واذا قلنا لايقبل فالقول قول المقر له مع يمينه فى نفى الأجل وبه قال أبو حنيفة رحمه الله واعلم لذلك (قوله) في الكتاب لايطالب فى الحال بالحاء. قال الامام وموضع الطريقين ما إذا كان الدين المقر به مطلقاً أو مستنداً إلى سبب وهو بحيث يتعجل ويتأجل (أما) إذا استند إلى جهة لاتقبل التأجيل كما إذا قال ألف أقرضنيه مؤجلا فيلغو ذكر الأجل بلا خلاف وان أسنده إلى جهة يلازمها التأجيل كالدية المضروبة على العاقلة فان ذكر ذلك فى صدر إقراره بان قال قتل ابن عمى فلانا خطأ ولزمني من دية ذلك القتيل كذا مؤجلا إلى سنة انتهاؤها كذا فهو مقبول لامحالة وان قال علي كذا من جهة تحمل العقل مؤجلا إلى وقت كذا فطريقان (أحدهما) القطع بالقبول لانه كذلك يثبت (والثانى) أنه على القولين والطريق الأول هو المذكور في الكتاب لكن الثانى أظهر لان أول كلامه ملزم لو اقتصر عليه وهو فى الاسناد إلى تلك الجهة مدع كما فى التأجيل *

(فرع) لو قال بعتك أمس كذا فلم تقبل فقال قد قبلت فهو على قولى تبعيض الاقرار ان بعضناه فهو مصدق بيمينه فى قوله قبلت وكذا الحكم فيما اذا قال لعبده أعتقتك على ألف فلم تقبل ولامرأته خالعتك على الف فلم تقبلي وقالا قبلنا *

(فرع) إذا قال إنى أقر الآن بما ليس على لفلان على الف أو ماطلقت امرأتى ولكن أقر بطلاقها فأقول طلقتها عن الشيخ أبي عاصم أنه لايصح اقراره وقال صاحب التتمه الصحيح انه كالو قال على الف لا يلزمنى لفلان ولو قال على الف وزعم أنه وديعة فاما أن يذكر ذلك منفصلا أو متصلا (الحالة الأولى) وهي المذكورة فى الكتاب أن يذكره منفصلا فان اتى بألف بعد اقراره وقال أردت هذا وهو وديعة عندى فقال المقر له هو وديعة ولى عليك الف آخر دينا وهوالذى

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن لأن ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمسم ولا يجوز بيعه بالمخيض لأن المخيض لبن نزع منه الزبد والحليب لم ينزع منه الزبد فاذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان ولا يجوز بيعه بالشيراز واللبأ والجبن لأن أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا لأنهما يتفاضلان ولا يجوز بيعها وزناً لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً ﴾*

أردته باقرارك ففيه قولان (أحدهما) و به قال أبو حنيفة رحمه الله وأحمد أن القول قول المقر له فما أتى به وديعة وعليه الف ديناً لأن كلمة علي تقتضي الثبوت فى الذمة ولهذا لو قال على ما على فلان كان ضامناً والوديعة لاتثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها (وأصحها) أن القول قول المقر مع يمينه لان الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها و بين المالك فلعله أراد بكلمة على الاخبار عن هذا الواجب ويحتمل أيضاً أنه تعدى فيها حتى صارت مضمونة عليه فلذلك قال هى على وأيضاً فقد تستعمل على بمعنى عندى وفسر بذلك قوله تعالى مخبراً (ولهم على ذنب) وحكى الامام طريقة قاطعة بالقول الثانى والمشهور اثبات القولين وقد نسبهما الشيخ أبو حامد إلى نصه فى الأم ولو كان قد قال على الف فى ذمتى أو ألف ديناً ثم جاء بألف وفسر كما ذكرنا فان لم نقبل فى الصورة الأولى فههنا أولى وان قبلنا هناك فوجهان (أحدهما) يقبل لجواز أن يريد الألف فى ذمته ان تلفت الوديعة لأنى تعديت فيها (وأصحها) أنه لا يقبل والقول قول المقر له مع يمينه لان العين لاتثبت فى الذمة (وقوله) فى الكتاب تفريعاً على قبول التفسير بالوديعة فلا يقبل قوله فى سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الامام من أن الأصحاب قالوا الألف مضمون وليس بأمانة لأن قوله على يتضمن الالتزام فلو ادعى تلف الألف الذى زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه ولو ادعى رده لم يصدق لانه ضامن وانما يصدق المؤتمن والمفهوم من هذا الكلام أنه لايصدق فى دعوى تلفه بعد الاقرار أو رده لكن فيه إشكال توجيها ونقلا أما التوجيه فان كلمة على يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديه ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ والتخلية ويجوز أن يريد بها عندى كما سبق وهذان المعنيان لا ينافيان الأمانة وأما النقل فلأن قضية ايراد غيرهما أنه ان ادعى أنه تلف أورده قبل الاقرار لم يصدق لان التالف والمردود لايكون عليه بمعنى من المعانى فان ادعى التلف بعد الاقرار فيصدق وقد صرح به صاحب الشامل فى موضعين من الباب (الحالة الثانية) أن يذكره على الاتصال فيقول لفلان على الف وديعة فيقبل وتأويل كلامه على ما مر وعن الشيخ أبى اسحق أنه على القولين فيما لو قال على

﴿ الشرح ﴾ قال القاضي أبو الطيب الذي يتخذ من اللبن احد عشر شيئاً كذا في النسخة وصوابه اثني عشر الزبد والسمن والمخيض واللبا والاقط والمصل والجبن والسيرار والدجنين والكشك والطينخ والكواميخ قالها القاضي أبو الطيب وغيره والكبيج قاله القاضي حسين والقول الجلي أن اللبن لايجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك وفي التفصيل مسائل فنوردها كما أوردها المصنف واحدة واحدة (المسألة الأولى) بيع اللبن بالزبد قال الشافعي في المختصر ولا خير في زبد غنم بلبن غنم لأن

الف قضيته وهو متوجه تفريعاً على عدم القبول حالة الانفصال (واذا قلنا) بالقبول فاذا أتى بألف وقال هذا هو فبع به وان لم يأت بشيء وادعى التلف أو الرد ففي القبول وجهان بناهما في التهذيب على تأويل كلمة على ان حملناها على وجوب الحفظ قبل وهو الاصح وان حملناها على صيرورته مضمونا عليه فلا يجوز ان يثبت في الحالة الاولى مثل هذا الخلاف نظرا إلى المعنيين ولو قال معي أو عندي الف فهو محتمل للامانة مصدق في قوله انه كان وديعة وفي دعوى التلف والرد ولو قال له عندي الف درهم مضاربة دينا أو وديعة دينا فهو مضمون عليه ولا يقبل قوله في دعوي التلف والرد نص عليه و وجهوه بان كونه دينا عبارة عن كونه مضمونا فان قال أردت به أنه دفعه الى مضاربة أو وديعة بشرط الضمان لم يقبل قوله لأن شرط الضمان في الامانة لا يوجب الضمان هذا اذا فسر منفصلا وان فسره متصلا ففيه قولا تبعيض الاقرار ولو قال عندي الف عارية فهي مضمونة عليه صححنا اعارة الدراهم او أفسدناها لان الفاسد كالصحيح في الضمان ولو قال دفع الى الفاً ثم فسره بوديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه وكذا لو قال أخذت منه الفا وقال أبو حنيفة رحمه الله اذ قال اخذت منه الفا ثم فسره بوديعة وقال المأخوذ منه بل غصبته فالقول قول المقر له لان الاخذ منه قد لايكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القفال أنه قل المذهب عندي انه يفرق بين اللفظين كما قال أبو حنيفة رحمه الله ولو ذكره على الاتصال فقال أخذت من فلان الفاً وديعة فعند أبي حنيفة لايقبل وعلى ما ذكره القفال يجيء فيه القولان في تبعيض الاقرار وظاهر المذهب لايخفى *

قال ﴿ الثالثة اذا قال هذه الدار لك عارية قبل لان الاضافة باللام تحتمل العارية اذا وصل به * وقيل وفيه قولان * ولو قال هي لك هبة ثم قال أردت هبة قبل القبض قبل أيضا ولو قال وهبت وأقبضت * أو رهنت وأقبضت ثم قال كذبت لم يقبل * ولو قال ظننت أن القبض بالقول قبض * أو أشهدت على الصك على العادة * وهل تقبل دعواه ليحلف الخصم فيه خلاف * ولو أقر ثم قال لقنت بالعربية وهو عجمي لايفهم قبل دعواه بالتحليف ﴾ *

الزبد شيء من اللبن وقال فى الأم معني ذلك وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم واختلفوا فى تعليله فالأكثرون على مايشعر به كلام الشافعى أن الزبد شيء من اللبن يعني فاذا باعه باللبن واللبن مشتمل على الزبد فيكون قد باع زبداً بزبد متفاضلا وقال أبو اسحق لان فى الزبد شيئاً من اللبن يعني فيكون بيع لبن بلبن متفاضلا قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والتعليل الاول هو الصحيح قال أبو الطيب ولم يذكر أبو اسحق ذلك فى الشرح وهو باطل ببيع اللبن باللبن

الفصل يشتمل على ثلاث مسائل (احداها) اذا قال هذه الدار لك عارية فهو اقرار بالاعارة وله الرجوع عنها وقال صاحب التقريب هى لك اقرار بالملك لو اقتصر عليه وذكر العارية معه ينافيه فيكون على القولين فى تبعيض الاقرار وأجابوا عنه بان الاضافة باللام تقتضى الاختصاص بالملك أو غيره فان تجردت وأمكن الحمل على الملك حمل عليه لأنه أظهر وجوه الاختصاص وان وصل بها وذكر وجهاً آخر من الاختصاص أو لم يمكن الحمل على الملك كقولنا الجل للفرس حمل عليه ولو قال هذه الدار لك هبة عارية باضافة الهبة إلى العارية أو هبة سكنى فهو كما لو قال لك عارية بلا فرق (الثانية) الاقرار بالهبة لايتضمن الاقرار بالقبض على المشهور وفى الشامل ذكر خلاف فى المسألة اذا كانت العين فى يد الموهوب منه وقال أقبضتني ولو قال رهبته وخرجت منه اليه فقد مر أن الظاهر أنه ليس باقرار بالقبض أيضاً وكذا لو قال وهبت منه وملكها قاله فى التهذيب أما اذا أقر بالقبض مع الهبة فقال وهبت وأقبضت أو سلمته منه أو حازه منى لزمه الاقرار فلو عاد وأنكر القبض وذكر لاقراره تأويلا أو لم يذكره فهو كما ذكرنا فى الرهن اذا قال رهنت وأقبضته ثم عاد وانكر المذكور فى الرهن أنه له تحليفه وقيل لايحلفه الا أن يذكر للاقرار تأويلا (وقوله) فى الكتاب أو رهنت وأقبضت كالمكرر لانه أورده ثم الا انه أورد الخلاف ههنا فيما اذا ذكر لاقراره تأويلا وهناك أجاب بالاصح وهو انه يحلف ولو أقر ببيع أو هبة وقبض ثم قال كان ذلك فاسدا وأقررت لظنى الصحة لم يصدق لكن له تحليف المقر له فان نكل حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة ولو أقر باتلاف مال على انسان واشهد عليه ثم قال كنت عازما على الاتلاف فتقدمت الاشهاد علي الاتلاف لم يلتفت اليه بحال بخلاف مالو أشهد على نفسه ثم قال كنت عازما على أن استقرض منه فقدمت الاشهاد على الاستقراض لان هذا معتاد وذلك غير معتاد (الثالث) اقرار أهل كل لغة بلغتهم اذا عرفوها صحيحة فلو أقر عجمى بالعربية أو بالعكس وقال لم افهم معناه ولكن لقنته فتلقنته صدق بيمينه إن كان ممن يجوز ان لايعرفه وكذلك الحكم فى جميع العقود والحلول وكذا لو أقر ثم قال كنت يوم الاقرار صغيرا وهو محتمل صدق بيمينه اذ

(فان قيل) فاللبن باللبن فى كل منهما زبد فهلا امتنع(فالجواب)عنه كما قيل فى بيع السمسم بالسمسم وهو مذكور فى مسألة بيع الشيرج بالسمسم فان الجواب مذكور عنهما معا كذلك ذكره الشيخ أبو حامد (المسألة الثانية) بيع اللبن بالسمن لايجوز لما تقدم من تعليل الشافعي وجزم به الأصحاب منهم (١) والرافعى قال الشيخ أبو حامد والمحاملى وههنا يبطل تعليل أبى اسحق لأنه لو كان المعنى ماذكره لجاز ههنا وهذا الالزام نزل على أن أبا اسحق غير مخالف فى ذلك قال المحاملى وكان يجب

الاصل الصغر وكذلك لو قال كنت مجنونا وقد عهد له جنون ولو قال كنت مكرها وثم أمارات الاكراه من حبس أو توكيل فكذلك وان لم تكن أمارة لم يقبل قوله والأمارة انما تثبت باقرار المقر له أو بالبينة وانما تؤثر إذا كان الاقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل أما إذا كان فى حبس زيد لم يقدح ذلك فى الاقرار لعمرو ولو شهد الشهود على إقراره وتعرضوا لبلوغه وصحة عقله واختياره فادعي المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل والطواعية والحرية والرشد ويكتفي بان الظاهر وقوع الشهادة على الاقرار الصحيح وفى مجهول الحرية قول أنه يشترط التعرض للحرية وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط والمذهب الأول قال الأئمة وما يكتب فى الوثائق أنه أقر طائعاً مع صحة عقله وبلوغه احتياط ولاتقيد به شهادة الاقرار لكونه طائعاً وأقام الشهود عليه بينة على كونه مكرها قدم بينة الاكراه ولا تقبل الشهادة على الاكراه مطلقاً بل لابد من التفصيل(وقوله)في الكتاب فى مسألة التلقين تقبل دعواه التحليف انما قيد اللفظ فيما لايصدق فيه الشخص لكنه يحلف فيه الخصم وههنا هو مصدق على ما بينا *

قال ﴿ الرابعة إذا قال الدار لزيد بل لعمرو وسلم إلى زيد ويغرم لعمرو فى أقيس القولين * ولو قال غصبتها من زيد وملكها لعمرو ويبرأ بالتسليم إلى زيد فلعله مرتهن أو مستأجر ﴾*

فيها مسألتان (إحداها) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو او قال غصبت هذه الدار من زيد وغصبها زيد من عمرو أو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو فتسلم الدار لزيد وهل يغرم المقر قيمتها لعمرو فيه قولان منصوصان(أحدهما)وهو الذى نقله فى المختصر في الصورة الأولى أنه لايغرم لأنه اعترف للثانى بما يدعيه وانما منع الحكم من قبوله وأيضاً فان الاقرار الثانى صادف ملك الغير فلا يلزمه شيء كما لو أقر لعمرو بالدار التى هى فى يد زيد لعمرو (والثانى)أنه يغرم وبه قال أحمد لأنه حال بين عمرو وبين داره باقراره الأول والحيلولة تثبت الضمان بالاتلاف ألا ترى أنه لو غصب عبداً فأبق من يده ضمنه وهذا أصح عند الأكثرين وفى الصورة الثالثة طريقة قاطعة بأنه يجب الغرم مذكورة فى التهذيب والتتمة موجهة بأنه لم يقر بجناية فى ملك الغير بخلاف الصورتين الأولتين فانه أقر فيهما بالغصب فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه

(١) بياض بالاصل فحرر

أن يقول أبو اسحق ههنا أنه لايجوز بيع اللبن بالسمن ولا خلاف على المذهب أن ذلك لايجوز قال الامام(فان قيل)قد ذكرتم أن اللبن في حكم جنس واحد لااختلاط فيه فجوزوا بيع اللبن بالسمن بناء على أن اللبن جنس واحد (قلنا) هذا فيه بعض الغموض من طريق التعليل ولكنه متفق عليه وفى معناه بيع السمسم بالشيرج مع تجويز بيع السمسم بالسمسم وأقصى الممكن فيه ان اللبن إذا قوبل بالسمن فلا يمكن أن يجعل مخالفا للسمن فانما يجانسه بما فيه من السمن لابصورته وطعمه واذا اعتبرنا

الله إذا قال غصبت هذه الدار من فلان بل من فلان غرم للثانى ولو قال هذه لفلان بل لفلان لايغرم للثانى فيجوز أن يعلم لذلك(قوله)فى الكتاب ويغرم لعمرو بالحاء ويجوز أن يعلم(قوله)على أقيس القولين بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم واختلفوا فى موضع القولين حيث ثبتا فقال قائلون هما مخصوصان بما إذا انتزعها الحاكم من يد المقر وسلمها إلى زيد فاما إذا سلمها الى زيد بنفسه غرمها لعمرو بلا خلاف وقال آخرون يجريان فى الحالين لأن سبب انتزاع القاضي أيضاً اقراره ولو باع عيناً وأقبضها واستوفى الثمن ثم قال كنت قد بعته من فلان او غصبته لم يقبل قوله على المشترى وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان (أحدهما) انه على القولين (وأصحهما) عند صاحب التهذيب ورواه الماسرخسى عن ابن أبى هريرة القطع بأنه يغرم لتفويته عليه بتصرفه وتسليمه لانه استوفى عوضه وللعوض مدخل فى الضمان ألا تري أنه لو غر بحرية أمة فنكحها واحبلها ثم أجهضت بجناية جان يغرم المغرور الجنين لمالك الجارية لانه يأخذ الغرة ولو سقط ميتاً من غير جناية لايغرم وينبني على هذا الخلاف أن مدعى العين المبيعة هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين فى يد المشترى (ان قلنا) لو أقر يغرمه القيمة فله دعواها والا فلا ولو كان فى يد انسان عين فانتزعها منه مدع بيمينه بعد نكول صاحب اليد ثم جاء آخر يدعيها هل له طلب القيمة من الأول (ان قلنا) النكول ورد اليمين كالبينة فلا كما لو كان الانتزاع بالبينة وان جعلناها كالاقرار ففى سماع دعوى الثانى عليه القيمة الخلاف (الثانية) إذا قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو سلمت الدار إلى زيد لانه اعترف له باليد (والظاهر) كونه محقاً فيها ثم الخصومة فى الدار تكون بين زيد وعمرو ولاتقبل شهادة المقر لعمرو لأنه غاصب وفى غرامته لعمرو طريقان (أحدهما) أنه على القولين فيما إذا قال غصبتها من زيد المقر لا بل من عمرو واختاره فى التهذيب (وأصحهما) القطع بأنه لا يغرم لان الاقرارين هناك متنافيين والاقرار الأول مانع من الحكم بالثانى وههنا لامنافاة لجواز أن يكون الملك لعمرو وتكون فى يد زيد باجارة أو رهن أو وصية بالمنافع فيكون الآخذ منه غاصباً منه ولو أخر ذكر الغصب فقال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبتها من زيد فوجهان (أظهرهما) أن الحكم كما فى الصورة الأولى لعدم التنافى

السمن انتظم منه أنه يبيع سمنا بسمن ومخيض فاما اللبن باللبن فيعتمد تجانس اللبن فى صفته الناجزة ولا ضرورة تحوج إلى تقدير تفريق الأجزاء (قلت) وهذا كما تقدم له فى بيع السمن بالشيرج ولو قال قائل ماالضرورة الداعية إلى تقدير تفريق الاجزاء عند مقابلة اللبن بالسمن والسمسم بالشيرج لاحوج الي جواب غير هذا (المسألة الثالثة) بيع اللبن بالمخيض وهو الردغ الذى استخرج منه الزبد جزم به الاصحاب لايجوز لماتقدم من تعليل الشافعى والمصنف افرده بالعلة التى ذكرها لانه مستبعد

فتسلم إلى زيد ولا يغرم لعمرو (والثانى) أنه إذا أقر بالملك أولا لم يقبل إقراره باليد لغيره فتسلم الى عمرو وفى الغرم لزيد القولان هكذا أطلقوه وفيه مباحثة لانا اذا غرمنا المقر فى الصورة السابقة للثانى فانا نغرمه القيمة لانه أقر بالملك وههنا جعلناه مقراً باليد دون الملك فلا وجه لتغريمه القيمة بل القياس أن يسأل عن يده أكانت باجارة أو برهن أوغيرهما فان أسندها الى الاجارة غرم قيمة المنفعة وان أسندها الى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به فى دينه وكأنه اتلف المرهون ثم ان وفى الدين من موضع آخرفترد القيمة عليه (وقوله) فى الكتاب يبرأ بالتسليم الى زيد يجوز اعلامه بالواو لانه اراد البراءة عن الغرم لعمرو على ما هو بين فى الوسيط وقد عرفت الخلاف فيه *

(فرع) اذا قال غصبت هذه العين من أحدكما فيطالب بالتعيين فان عين أحدهما سلمت اليه وهل للثانى تحليفه ينبني على أنه لو أقر للثانى هل يغرم له القيمة (ان قلنا) لا فلا (وان قلنا) نعم فنعم لانه ربما يقر له اذا عرضت اليمين عليه فيغرم فعلى هذا ان نكل ردت اليمين على الثانى واذا حلف فليس له الا القيمة ومنهم من قال (ان قلنا) ان النكول ورد اليمين كالاقرار من المدعى عليه فالجواب كذلك اما اذا قلنا كالبينة فتنتزع الدار من الاول وتسلم الى الثاني ولا غرم عليه للاول وعلى هذا فله التحليف (وان قلنا) لايغرم القيمة لو أقر للثاني طمعا فى ان ينكل فيحلف المدعى وياخذ العين وان قال المقر لا أدرى من أيكما غصبت وأصر عليه فان صدقاه فالعين موقوفة بينهما حتي يتبين المالك أو يصطلحا وكذا أن كذباه وحلف لهما على نفى العلم هذا ظاهر المذهب فى الفرع وللشيخ ابى على فيه تطويل فى شرح الفروع لكنه لم يتنقح لى تنقيح كلامه فتركته *

قال ﴿ الخامسة اذا استثنى عن الاقرار مالا يستغرق صح كقوله على عشرة الا تسعة يلزمه واحد* ولو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية يلزمه تسعة لان الاستثناء من النفى اثبات كما أنه من الاثبات نفى ﴾*

الكلام من هذا الموضع الى آخر الباب فى الاستثناء وهو جائز في الاقرار والطلاق وغيرهما بشرط أن يكون متصلا ولا يكون متفرقا فان سكت بعد الاقرار طويلا أو تكلم بكلام اجنبى عما هو فيه ثم استثنى لم ينفع الاستثناء ولو استغرق فقال عشرة الا عشرة فعليه العشرة

أن يقال ان المخيض متخذ من اللبن بل هو نفس اللبن نزع منه الزبد لاسيما على العلة التى ذكرها فى الزبد والسمن أنه مستخرج من اللبن وجمع بذلك بينه و بين الشيرج مع السمسم فان ذلك لايصح أن يقال فى المخيض فلهذا أفرده وكذلك القاضى أبو الطيب صنع كما صنع المصنف وقال أيضا ولانه لايجوز بيع الكسب بالسمسم وان كان أبو اسحق فى بيع اللبن بالزبد لايجعل للزبد الكامن فى اللبن حكما فيلزمه أن يجوز اللبن بالمخيض لانتفاء العلة التى ذكرها فى اللبن بالزبد فيرد عليه

لأن هذا الاستثناء غير منتظم فى البيان ولو قال على عشرة الا تسعة أو سواء واحد صح الاستثناء ولزمه فى الصورة الاولى درهم وفى الثانية تسعة ولا فرق بين استثناء الاقل من الاكثر وبين عكسه وعن احمد أنه لايجوز استثناء الاكثر من الاقل (فقوله) فى الكتاب يلزمه واحد يصح اعلامه بالالف لذلك ويصح اعلامه بالميم لان فى التتمة أن مالكا لا يصح عنده استثناء الآحاد من العشرات ولا المئين من الألوف وانما يصح استثناء العشرات من المئين والالوف وفى الذخيرة للبندنيجى أن مالكا لايصحح الاستثناء فى الاقرار اصلا ثم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفي اثبات لأنه مشتق من الثني وهو الصرف والصرف انما يكون من الاثبات الى النفى وبالعكس فلو قال على عشرة الا تسعة الا ثمانية فعليه تسعة المعنى الا تسعة لا يلزم الا ثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد الباقى من العشرة والطريق فيه وفى نظائره أن يجمع كل ماهو اثبات وكل ماهو نفى فيسقط المنفى من المثبت فيكون الباقي هو الواجب فالعشرة فى الصورة المذكورة والثمانية مثبتتان بجمعهما ويسقط التسعة المنفية من المجموع يبقى تسعة ولو قال عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة وهكذا الى الواحد فعليه خمسة لان الاعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون قال الامام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات ان ينظر الى العدد المذكور أولا فان كان شفعا فالاوتار منفية والاشفاع مثبتة وان كان وترا فالعكس ولهذا شرط وهو أن تكون الاعداد المذكورة على التوالى الطبيعى أو يتلو كل شفع منها وترا وبالعكس ولو قال ليس لفلان على شيء الا خمسة فعليه خمسة ولو قال ليس له على عشرة الا خمسة لم يلزمه شيء عند الاكثرين لان عشرة الا خمسة خمسة فكأنه قال ليس على خمسة وفى النهاية وجه آخر أنه يلزمه خمسة بناء على أن الاستثناء من النفى اثبات ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثانى مستغرق صح الأول و بطل الثانى مثاله قال على عشرة الا خمسة الا عشرة أو عشرة الا خمسة الا خمسة يلزمه خمسة وان كان الاول مستغرقا كقوله عشرة الا عشرة الا أربعة فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه عشرة و يبطل الاستثناء الاول لاستغراقه والثانى يلزمه أربعة و يصح الاستثنا آن لان الكلام انما يتم بآخره وآخره يخرج الاول عن كونه مستغرقا و يصيره كانه استثنى من

هنا كما ورد عليه فى اللبن بالسمن (المسألة الرابعة) بيعه بالشيرازى وهو [(١)] واللبا والجبن والعلة فى الثلاثة ماذكره المصنف وكذلك علل القاضى أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن فى الجبن أنفحة وملح فيكون بيع لبن وشيء بلبن وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه وفى معناها بيع اللبن بالأقط قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم ولا خير فى لبن غنم باقط غنم من قبل أن الاقط لبن معقود فاذا بعت اللبن بالاقط اجزت اللبن باللبن مجهولا ومتفاضلا أو جمعتهما معاً فاذا اختلف اللبن والأقط فلا بأس وصرح به الأصحاب كذلك وكذلك الطينج الذى يتخذ من اللبن لأن أجزاءه مفقودة ومخالطة غيره فلا يجوز بيعها بحليب قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال ان لم تنعقد اجزاؤه وانما سخن فانه يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسمن أو النار الخفيفة وان طبخ حتى انعقدت اجزاؤه أو اختلط معه غيره لم يجز ورأيت فى شرح الكفاية للصيمرى أنه يجوز بيع الحليب باللبا متفاضلا يداً بيد والظاهر أن ذلك غلط فى النسخة وكذلك الاقط لا يجوز بيعه باللبن للعلة التى ذكرها وعلل القاضي الرويانى امتناع بيع اللبن باللبأ بان أصله الكيل واللبأ المعمول للأكل لا يكال لأن النار عقدت

(١) بياض بالاصل فحرر

أول الكلام ستة قال فى الشامل وهذا أقيس (والثالث) يلزمه ستة لان الاستثناء الاول باطل لاستغراقه فيكون وجوده كعدمه ويرجع الاستثناء الى أول الكلام ولو قال علي عشرة الا عشرة الا خمسة فعلى الوجه الاول يلزمه عشرة وعلى الأخيرين خمسة هذا إذا لم يكن فى الاستثناء عطف أما إذا قال عشرة الا خمسة والا ثلاثة أو على عشرة الا خمسة وثلاثة فهما جميعا مستثنيان من العشرة ولا يلزمه الا درهمان فان كان العدد ان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق كما اذا قال على عشرة الا سبعة وثلاثة فيلزمه عشر لأن الواو تجمعهما وتوجب الاستغراق أو يخص الثانى بالبطلان لأن الأول صح استثناؤه والثانى مثل العدد الباقي فهو المستغرق فيه وجهان قال الشيخ أبو على (أصحهما) الثانى ورأى أن يفرق بين قوله عشرة الا سبعة وثلاثة و بين قوله عشرة الا سبعة الا ثلاثة فيقطع فى الصورة الثانية بالبطلان لأنهما استثناآن مستقلان فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثني والمستثنى منه عدد ان معطوف أحدهما على الآخر ففى الجمع بينهما وجهان كما فى الصورة السابقه اصحهما و يحكي عن نصه فى الطلاق وبه أجاب ابن الحداد والأكثرون أنه لا يجمع لأن الواو العاطفة وان اقتضت الجمع لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ والاستثناء ويدور على اللفظ مثاله اذا قال على درهمان ودرهم الا درهمان ان لم يجمع لزمه ثلاثة لانه استثنى درهمان من درهم وان جمعنا لزمه درهم فكان الاستثناء مستغرقا ولو قال ثلاثة الا درهما ودرهمين فان لم نجمع لزمه درهمان وان جمعنا فثلاثة ولو قال درهم فدرهم ودرهم الا درهما ودرهما لزمه

أجزاءه فيؤدى إلى التفاضل وعلل فى ذلك بالباقى بالجبن والمصل وشبههما وكذلك المصل لايجوز بيعه باللبن للعلة المذكورة وفيه ملح أيضاً قاله أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى والمصل ماء الأقط على المشهور عصارة الأقط حين يطبخ و يعصر وقيل ماء اللبن النيء وقيل المخيض وكذلك الكشك لهذه العلة وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب وهو قريب من الكشك الذى يعمل فى بلادنا فانه يدش القمح و يعجن باللبن الحامض أو غيره و يصير ذلك من قاعدة مدعجوة وقد وقع فى كلام الامام اطلاق الكشك يعنى آخر شرحه ابن الرفعه بالقمح المهروش المزال عنه القشر فقط الذي يعمل منه طعام القمحية وليس ذلك المراد هنا وقد تقدم الكلام على ذلك وأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض وعدم جواز الجبن باللبن نص عليه الشافعي فى باب بيع لآجل من الأم ولاصحاب ومحله اذا كانا من جنس واحد (فائدة) قال الاصمعى أو اللبن اللبأ مقصور مهموز *

﴿ فرع ﴾ جزم ابن أبى هريرة فى التعليق بأن الرائب بالزبد جائز قال لأن مافيه تابع *

﴿ فرع ﴾ بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان إنما يجوز اذا لم يكن فى واحد منهما ماء

ثلاثة على الوجهين لانا ان جمعنا جمعنا فى الطرفين وان لم نجمع كان مستثنيا درهما من درهم وحكم هذه الصورة فى الطلاق كحكمها فى الاقرار وقد ذكر صاحب الكتاب أكثرها فى الطلاق ولو قال علي عشره الا خمسة أو ستة قال فى التتمه يلزمه اربعه لان الدرهم الزائد مشكوك فيه فصار كما لو قال على خمسة أو ستة لم يلزمه الا خمسة ويمكن أن يقال يلزمه خمسة لانه اثبت العشرة واستثنى منه خمسة واستثنى درهم زائد مشكوك فيه فلو قال على درهم غير دانق فقضية النحو وبه قل بعض الاصحاب أنه ان نصب غير فعليه خمسة دوانيق لانه استثناء والا فعليه درهم تمام اذ المعنى عليه درهم لادانق وقال الاكثرون السابق الى فهم أهل العرف منه الاستثناء فيحمل عليه وان أخطأ فى الاعراب والله اعلم *

قال ﴿ السادسة الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله على ألف درهم لأثوب معناه قيمة ثوب * ثم ليفسر بما ينقص قيمته عن الألف * فلو استغرق بطل تفسيره فى وجه * وأصل استثناؤه فى وجه ﴾ *

الاستثناء من غير الجنس صحيح كما إذا قال على الف درهم إلا ثوباً أو عبداً وقال مالك وأبو حنيفة لايصح إلا المكيل والموزون والمعدود و يستثنى بعضها من بعض مع اختلاف الجنس وقال أحمد لايصح ذلك بحال وحجة المذهب مشهورة فى الأصول ثم عليه أن يبين ثوباً وتستغرق قيمته الألف فان استغرق فالتفسير لغو وفى الاستثناء وجهان (أحدهما) أنه لايبطل لأنه صحيح من حيث اللفظ وانما الخلل

قال أبو الطيب وغيره فى قال الشافعى فى الأم ولا خير فى الحليب بالمضروب لأن فى المضروب ماء فان كان يطارح فيه بالضرب فهذا معني آخر فلا يجوز بيع الدوغ بالحليب لأنه يؤدى الى تفاضل اللبنين وحملوا قول الشافعى على المخيض الذى طرح فيه ماء للضرب *

(تنبيه) بيع الشىء بما يتخذ منه يمتنع فى جميع المطعومات لا اختصاص له باللبن جائز فى الذهب والفضة كالمداخل والصوانى المصبوغة نقل المحاملى هذا الاصل عن نصه فى الصرف والفرق بينهما أن الذهب والفضة اذا اتخذ منه مصوغ فان ذلك المتخذ لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته فاذا بيع بأصله كيلا بكيل حصل التفاضل بالنسبة الى حالة الادخار *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فانه ان باع السمن بالسمن جاز لانه لا يخالطه غيره قال الشافعى رحمه الله والوزن فيه أحوط وقال أبو اسحق يباع كيلا لان أصله الكيل ﴾ *

فيما فسر به اللفظ فيقال له هذا التفسير غير صحيح ففسره بتفسير صحيح (والثانى) أنه يبطل الاستثناء ويلزمه الألف لانه بين ما أراد باللفظ فكأنه تلفظ به والوجه الأول أصح عند صاحب التهذيب وقال الامام وغيره الثانى أصح وهو الأشبه ويصح استثناء المجمل من المجمل والمجمل من المفصل وبالعكس فالأول كما اذا قال الف إلا شيئاً فيبين جنس الألف أولا ثم يفسر الشىء بما لا يستغرق الألف من الجنس الذى بينه المفسر به (والثاني) كما إذا قال شىء إلا درهماً يفسر الشىء بما يزيد على الدرهم وان قل وكذا لو قال الف إلا درهماً ولا يلزمه من استثناء الدرهم أن يكون الألف دراهم ومهما بطل التفسير فى هذه الصورة ففى بطلان الاستثناء الوجهان وان اتفق اللفظ فى المستثني والمستثني منه كما إذا قال على شىء الا شيئاً أو مال الا مالاً فقد حكي الامام عن القاضى وجهين (أحدهما) أنه يبطل الاستثناء كما لو قال على عشرة إلا عشرة (والثانى) لا يبطل لوقوعه على القليل والكثير فلا يمتنع حمل الثانى على أقل ما يتمول وحمل الاول على الزائد على أقل ما يتمول قال وفى هذا التردد غفلة لانا إن ألغينا استثناءه اكتفينا بأقل ما يتمول وان صححناه ألزمناه أيضاً أقل ما يتمول فيتفق الجوابان ويمكن أن يقال حاصل الواجب لا يختلف لكن التردد غير خال عن الفائدة فانا اذا أبطلنا الاستثناء لم نطالبه الا بتفسير اللفظ الأول وان لم نبطله طالبناه بتفسيرهما وله آثار فى الامتناع من التفسير وكون التفسير الثانى غير صالح للاستثناء الأول وما أشبه ذلك *

قال ﴿ السابعة الاستثناء عن العين صحيح كقوله هذه الدار لفلان الا ذلك البيت * والخاتم

﴿ الشرح ﴾ يجوز بيع السمن بالسمن وممن جزم به ابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي وابن الصباغ والقاضي حسين والرافعي لما ذكره المصنف ولانه لا يدخر ولا يتأثر بالنار وأطلق كثيرون المسألة ولم يحكوا فيها خلافا وحكى الماوردي وجها أن الجامد لا يباع بعضه ببعض لأن أصله الكيل وهو متعذر فى هذه الحالة وهذا الوجه مردود مخالف لاطلاق الشافعي والاصحاب وصورة المسألة فى السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم أما سمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافا فى كون الاسمان جنسا أو أجناس فعلى الاول الحكم كذلك وعلى الثانى يجوز يدا بيد وهو الذى أورده الصيمرى فى شرح الكفاية أى وان كان متفاضلا واذا بيع السمن بالسمن يباع وزنا على الصحيح ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف وقد صرح الشافعي رحمه الله فى باب الاجتهاد من كتاب الرسالة أن السمن والعسل والزيت والسكر موزونات وقال أبو عبيد فى غريب الحديث ان السمن عند أهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعي على ذلك بأثر نقلاه عن عمر رضى الله عنه *

الا الفص * وهؤلاء العبيد الا واحداً * ثم له التعيين * فان ماتوا الا واحداً فقال هو المستثني قبل * وقيل فيه قولان ﴾*

صحته من المطلقان كما اذا قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت وهذا القميص الا كمه وهذه الدراهم الا هذا الواحد وهذا القطيع الا هذه الشاة ونظائره وفيه وجه أنه لا يصح لان الاستثناء المعتاد هو الاستثناء من الاعداد المطلقة واما المعينات فالاستثناء فيها غير معهود ولأنه إذا أقر بالمعين كان ناصاً على ثبوت الملك فيه فيكون الاستثناء بعده رجوعاً والاول ظاهر المذهب وقد نص عليه فى بعض الصور المذكورة واقتصر فى الكتاب ههنا على ما هو الظاهر لكنه قال فى الطلاق لو قال أربعتكن طوالق الا ثلاثة لم يصح هذا الاستثناء عند القاضي الحسين كما لو قال هؤلاء الا عبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد لم يصح لان الاستثناء فى المعين لا يعتاد وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف والكلام فى مسألة الطلاق يأتى فى موضعه ولو قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحداً فالمستثنى منه معين والمستثنى غير معين وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين والرجوع اليه فى غير المعين فان ماتوا إلا واحداً فقال هو الذى أردته بالاستثناء قبل قوله مع يمينه لانه محتمل وفيه وجه أنه لا يقبل للتهمة وندرة مثل هذا الاتفاق وهو ضعيف باجماع من نقله (وقوله) فى الكتاب قبل وقيل فيه قولان يقتضى أولا أن يكون الخلاف قولا وثانيا إثبات طريقين طريقة جازمة وطريقة خلافية وفيهما نظر من جهة النقل ولو قال غصبتهم إلا واحداً فماتوا الا واحداً فقال هو المستثنى قبل بلا خلاف لان أثر الاقرار ينفى

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رضى الله عنه فى الام فى باب جماع السلف فى الوزن لا بأس أن يسلف فى شىء وزنا وان كان يباع كيلا ولا فى شىء يباع كيلا وان كان يباع وزنا اذا كان لا يتجافى فى المكيال مثل الزيت الذى هو ذائب ان كان يباع فى المدينة فى عهد النبي ﷺ ومن بعده وزنا فلا بأس أن يسلف فيه كيلا وان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزنا ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدام فان قال قائل فكيف كان يباع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم قلنا الله أعلم * أما الذى أدركنا المتبايعين به عليه فاما ماقل منه فيباع كيلا والجملة الكبيرة تباع وزنا ودلالة الاخبار على مثل ماأدركنا الناس عليه قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا أكل سمنا مادام السمن يباع بالأواقى وتشبه الأواقى أن تكون كيلا انتهى كلام الشافعى رضى الله عنه وفى قوله وتشبه الاواقى أن تكون كيلا نظر وقد قال الشافعى فى الأم فى باب الآجال مايمكن أن يتمسك بظاهره فى أن السمن مكيل فانه قال ولا يجوز اللبن باللبن إلا مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد وتكلم فى أجناس الالبان وأحكامها ثم قال بعد ذلك والسمن مثل اللبن فظاهره أنه مثله فى جميع الاحكام المذكورة ومن جملتها

فى الضمان وكذا لو قتلوا فى الصورة الأولى الا واحداً لان حقه يثبت فى القيمة فلو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت منها لى أوهذا الخاتم لفلان وفصه لى قبل لأنه اخراج بعض مما يتناوله اللفظ فكان كالاستثناء وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب سوي الأخير ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدد فى الاقرار وان كان بعضها أجبنا عنه (منها) جارية فى يد انسان جاء غيره وقال بعتك هذه الجارية بكذا أو سلمتها اليك فأد الثمن وقال من في يده بل زوجتنيها على صداق كذا وهو على فاما أن يجرى هذا التنازع وصاحب اليد لم يولدها أو يجرى بعد أن أولدها (فاما) فى الحالة الأولى فيحلف كل واحد منهما علي نفي ما يدعيه الآخر فان حلفا سقط دعوى الثمن والنكاح ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد أو لم يدخل لأنه وان أقر بالمهر لمن كان مالكا فهو منكر له وتعود الجارية إلى المالك ثم أحد الوجهين أنها تعود اليه كما يعود المبيع إلى البائع لافلاس المشتري بالثمن (والثانى) أنها تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه وهو يستحق الثمن عليه فقد ظفر بغير جنس حقه من ماله فعلى هذا يبيعها و يستوفى ثمنها فان فضل شىء فهو لصاحب اليد ولا يحل له وطؤها وعلى الأول يحل له وطؤها والتصرف فيها ولا بد من التلفظ بالفسخ وان حلف أحدهما دون الآخر نظر ان حلف مدعى الثمن على نفى التزويج ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفى الشراء حلف المدعي اليمين المردودة على المشترى ووجب الثمن وان حلف صاحب اليد على نفى الشراء ونكل الآخر على نفى التزويج حلف صاحب اليد المردودة علي النكاح وحكم له بالنكاح و بان رقبتها للآخر ثم لو ارتفع النكاح بطلاق أو

الكيل لكن تصريح الشافعي الذى تقدمت حكايته مقدم على هذا الظاهر ومبين أن ذلك غير عائد الى جميع ماتقدم فى كلام الشافعى والله أعلم * وفصل القاضى حسين بين أن يكون ذائبا أو جامدا فان كان جامدا يباع وزنا وان كان ذائبا يباع كيلا وتبعه على ذلك صاحب التهذيب والرافعي وقال انه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون فحكوا عن المنصوص أنه يوزن وعن أبى اسحق أنه يكال واستحسنه فى الشرح الصغير والماوردى جزم فى الذائب بالكيل وحكى فى الجامد وجهين (أحدهما) لايجوز بيع بعضه ببعض لان أصله الكيل (والثانى) يجوزه وزنا لان الوزن أحصر والكيل فيه متعذر *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي فى الام ولا خير فى سمن غنم بزبد غنم بحال لان السمن من الزبد يقع متفاضلا أو مجهولا وهما مكيلان أو موزونان فى الحال التى يتبايعان ومن صنف واحد (فائدة) الأسمان أجناس مختلفة نص عليه الشافعى في الام فى تفريع الزيت من العسل وقد تقدم قول صاحب الرونق فى حكاية القولين فيها. وقال الروياني ان سمن الغنم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالالبان والذى قاله الروياني متعين لانا اذا قلنا الالبان جنس واحد لزمه أن تكون الاسمان كذلك

غيره حلت السيد فى الظاهر وكذا فى الباطن ان كان كاذبا وعن القاضى الحسين أنه اذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثانى بيمين واحدة يجمع فيها بين النفى والاثبات والمذهب الأول (الحالة الثانية) اذا كان قد أولدها صاحب اليد فالولد حر والجارية أم ولد باعتراف المالك القديم وهو يدعي الثمن فيحلف صاحب اليد على نفيه فان حلف على نفى الشراء لسقط عنه الثمن المدعى وهل يرجع المالك عليه بشيء فيه وجهان (أحدهما) أنه يرجع بأقل الأمرين من الثمن أو المهر لأنه يدعي الثمن وصاحب اليد مقر له بالمهر فالأقل منهما متفق عليه (والثانى) لايرجع بشيء لان صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه والمهر الذى يقر به لايدعيه الآخر ولايتمكن من المطالبة به وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفى الزوجية بعد ما حلف على نفى الشراء فيه وجهان (أحدهما) لا لانه لو ادعى ملكها وتزويجها بعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يقبل فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يقبل (والثانى) نعم طمعاً فى أن ينكل فيحلف ويثبت له النكاح فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفى الشراء حلف المالك القديم المردودة واستحق الثمن وعلى كل حال فالجارية مقررة فى يد صاحب اليد فانها أم ولده أو زوجته وله طوءها فى الباطن وفى الظاهر وجهان (أحدهما) الحل ووجه المنع أنه لايدرى أنه يطأ زوجته أو أمته اعتذر الامام عن هذا النص فقال ليس المنع فى هذه الصورة لاختلاف الجهة بل لان الملك فى زمن الخيار للمشترى على قولى واذا ثبت الملك انفسخ النكاح والملك الثابت ضعيف لايفيد حل الوطء ونفقتها

للاتحاد فى الاسم والأصل وقد تقدم عن الزخائر أن السمن مخالف لسائر الادهان فلا خلاف أى سواء قلنا الادهان جنس أو احناس والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ فان باع الزبد بالزبد ففيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن (والثانى) لا يجوز لان الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ جزم الشيخ أبو حامد والمحاملى بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف فى تعليل ذلك ولانهما ايضا على غير حالة الادخار وجزم فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة بالجواز وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمرى وابن الصباغ والرافعى والقاضى حسين والامام حكاية عن الصيدلانى فاحد الوجهين الجواز قال الماوردى وهو أصح عندى وبه قال ابن أبى هريرة كما تقدم عن تعليقه لان مافى الزبد من بقايا اللبن غير مقصود فكان كالنوى فى التمر وبيع الحليب بالحليب وقال الفورانى والرويانى ان قول المنع حكاه القاضى أبو حامد والمزاودى عن

على صاحب اليد إن جوزنا له الوطء وإلا فوجهان ذكرهما أبو اسحق (احدهما) أنه على المالك القديم لانها كانت عليه فلا يقبل قوله فى سقوطها وإن قبل هما عليه وهو زوال الملك وزوال الاستيلاد (وأصحهما) أنها فى كسب الجارية ولا يكلف بها المالك القديم كما لا يكلف بنفقة الولد وان كانت حريته مستفادة من قوله أيضا فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محاويج المسلمين ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة وللمالك القديم اخذ الثمن مما تركته من اكتسابها لان المستولد يقول انها باسرها له وهو يقول انها للمستولدة وله عليه الثمن فيأخذ حقه منها والفاضل موقوف لا يدعيه أحد وإن ماتت بعد موت المستولد ماتت حرة وما لها لوارثها النسيب فان لم يكن فهو موقوف لان الولاء لا يدعيه واحد منهما وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها لان الثمن بزعمه على المستولدة وهى قد عتقت بموته فلا يؤدى دينه بما جمعته بعد الحرية هذا كله فيما اذا أصرا على كلامهما أما اذا رجع المالك القديم وصدق صاحب اليد لم يقبل فى حرية الولد وثبوت الاستيلاد ويكون اكتسابها له مادام المستولد حيا فاذا مات عتقت وكان اكتسابها له ولو رجع المستولد وصدق المالك القديم لزمه الثمن وكان ولاؤها له (ومنها) اقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول كاقراره ولو اقر بعض الورثة عليه بدين وانكر البعض فقولان القديم وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ان على المقر أيضا جميع الدين من نصيبه من التركة إن كان وافيا والاصرف جميع نصيبه اليه لان الدين مقدم على الميراث فاذا أقر بدين على الميت لا يحل له شيء

الشافعى والاكثرون انما حكوا ذلك وجهين والاصح عند الرافعى المنع لان مافيه من المخيض يمنع المماثلة وهو قريب مما علل به المصنف وشبه الامام ذلك ببيع الشهد بالشهد فان صفات السمن لائحة من الزبد كما العسل فى الشهد بخلاف اللبن باللبن فانه فى مدرك الجنس كالجنس الواحد (فان قلت) الرغوة التى فى الزبد غير مقصودة (قلت) وان لم تكن مقصودة الا أنها تؤثر فى التماثل والجنس متحد فيصير كبيع حنطة بحنطة مشتملة على حبات من الشعير تؤثر فى الكيل فان ذلك باطل وان لم تكن الحبات من الشعير مقصودة لاجل اتحاد الجنس * والمراد بالزبد اذا كان من جنس واحد كزبد الغنم بزبد الغنم فلو اختلف الجنس جاز قاله الصيمرى وغيره وما فى كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود والمماثلة غير واجبة * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع المخيض بالمخيض نظرت فان لم يطرح فيه الماء جاز لأنه بيع لبن بلبن وان طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين ﴾*

من التركة مابقي شيء من الدين ويحكى هذا عن ابن سريج واختاره القاضى الرويانى والجديد أنه لا يلزمه من الدين الا نسبة نصيبه من التركة لأن الوارث لايقر بالدين على نفسه وانما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضا فان أحد الشريكين فى العبد المشترك اذا أقر بجناية لم تلزمه الا بحصته فكذلك ههنا وقال بعض المتلقين عن الشيخ ابن عاصم يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدين مما فى يده عند الامكان فان المقر فى نصيبه لايتقاعد عن الأجنبى فى جملة التركة واو أقر أجنبى بدين فى التركة يستغرقها لزمه اقراره حتى لو وقعت التركة يوما من الدهر الزم بصرفها الى ذلك الدين والقولان محمولان على أن باقراره ثبت جميع الدين على الميت تبعا لثبوته على المقر أم لايثبت الا حصته وفائدته التقدم على الوصية فعلى قول يتقدم جميع الدين المقر به على الوصايا وعلى قول حصته والمشهور الأول (واذا قلنا) بالجديد فلو مات المنكر ووارثه المقر فهل نلزمه جميع المقر به الآن فيه وجهان (أصحهما) نعم لحصول جميع التركة فى يده ويتفرع على القولين فرعان (أحدهما) لوشهد بعض الورثة بدين على المورث (ان قلنا) لايلزمه بالاقرار الا حصته تقبل (وان قلنا) الجميع لم تقبل لأنه متهم باسقاط بعض الدين عن نفسه ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الاقرار أوقبله لأنه متهم بالعدول من طريق الاقرار الى طريق الشهادة وعليه اظهار ما على مورثه بأحد الطريقين وعند أبى حنيفة ان شهد قبل الاقرار قبل وان شهد بعده فلا (الثانى) كيس فى يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف مافى الكيس فيحمل اقراره على النصف الذى فى يده او على نصف مافى يده وهو ربع الجميع فيه وجهان بناء على القولين السابقين و نبي على الخلاف فيما اذا أقر أحد الشريكين فى العبد المشترك بالسويه بنصفه أنه يحمل على نصيبه أم يوزع النصف

﴿ الشرح ﴾ تقدم فى كلام المصنف أن المخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم يحتج إلى تقييده بأن يكون منزوع الزبد فاذا كان زبده فيه لايجوز بيعه فلا يباع بمثله ولا بزبد ولا سمن * أما المنزوع الزبد وهو الدوغ فيباع بالزبد والسمن نص عليه الشافعي والأصحاب * وأما بيعه بمثله فان لم يكن فيه ماء جاز المسألة جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وابن الصباغ والرافعي والقاضي حسين ومال المتولى إلى المنع لأنه ليس على حالة الادخار ولا على حال كال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق فانه مجهول التساوى حالة الكمال وان طرح فيه ماء للضرب وهو (١) لم يجز جزم به أبو الطيب والقاضي حسين وصاحب التتمة وقال انه لاخلاف فيه كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعي ولا فرق فيما فيه ماء بين أن يباع بمثله أو بالخالص وممن صرح بذلك القاضي حسين * واعلم أن الشافعي رضي الله عنه نص على أنه لايجوز السلف فى المخيض قال لأنه لايكون مخيضاً إلا باخراج زبده وزبده لايخرج إلا بالماء ولايعرف المشترى كم فيه من الماء لخفاء الماء فى اللبن انتهى * وهذا الكلام من الشافعي يقتضى أنه لايجوز بيع المخيض بالمخيض مطلقاً فان كان فى المخيض ما يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الأصحاب ولزم القول بجواز السلم فيه وكذلك أطلق الصيمري أنه لايجوز بيع المخيض بالمخيض لأجل الماء وكذلك قال الماوردي انه لايجوز بيع بعضه ببعض إلا أن طريق اخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيعه بمثله فينزل كلام المصنف على ذلك *

(١) بياض بالأصل فحرر

المقر به على النصفين وهذا الخلاف الثاني مذكور فى الكتاب فى باب العتق (ومنها) مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة فهو كما لو أقر عليه بدين فعلى القديم تتعلق كل العشرة بثلث نصيبه وعلى الجديد يتعلق نصف العشرة بثلث نصيبه وبه قال أبو حنيفة بخلاف ما قال فى الاقرار بالدين ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله وأنكر الآخر فعلى المقر أن يدفع ربع مافى يده إلى الموصى له ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله نظر ان لم يقتسما التركة فنصيب المقر فى تلك العين يصرف إلى الموصى له وان كانت فى يد المنكر فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر لأنه فوته عليه بالقسمة ولو شهد المقر للموصي له قبلت شهادته ويغرم المشهود عليه نصف قيمة العين كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً (ومنها) لو قال لعبد أعتقتك على ألف وطالبه بالألف فأنكر العبد وحلف سقط دعوى المال ويحكم بعتق العبد لاقراره وكذلك لو قال بعت منك ابنك بكذا فأنكر فكذلك لاعترافه بصيرورته حراً إذا دخل فى ملك أبيه (ومنها) إذا قال لفلان عندى خاتم ثم جاء بخاتم وقال هذا الذى أقررت به فعن الشافعي رضى الله عنه أنه قال فى موضع لايلزمه التسليم قال الأصحاب الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له والثاني على ما اذا قال الذى أقررت به غيره وليس هذا لى فلا يسلم ما جاء

﴿ فرع ﴾ قال أبو الطيب وأما ما بعد ذلك من الألبان المعقودة فلا يجوز بيع بعضها ببعض لكون بعضه أشد انعقاداً من بعض والمخالطة بعضه للملح والانفحة (قلت) ويجب حمل ذلك على ما إذا كان يؤثر فى كيله كما ستعرفه عن قرب *

﴿ فرع ﴾ دخول الماء في اللبن مانع لبيعه مطلقاً بجنسه و بغيره للجهل بالمقصود فان الماء فى اللبن غير مقصود ومقداره مجهول وممن نص على ذلك الصيمرى فى شرح الكفاية هكذا أطلقوه و ينبغى أن يحمل ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط أما لو شاهد البائع والمشترى اللبن والماء وعلما مقدارهما ثم خلطاهما وتبايعا فلا مانع من الصحة إذا كان البيع بنقد أو شبهه أما إذا كان البيع بلبن مثله أو خالص فينبغى أن يقال ان كان الماء يسيراً بحيث لايؤثر في المكيال جاز لأن اللبن مكيل كما تقدم مثله فى الحنطة المشوبة بحبات يسيرة من الشعير اذا بيعت بمثلها وكذلك يقتضيه كلام ابن الصباغ فانه قيد المخالط من الماء والملح بكونه يؤثر فى كيله وعليه يحمل اطلاق غيره وان كان كثيراً فان كان اللبنان جنساً واحداً امتنع لقاعدة مد عجوة وان كانا جنسين فسأفرد لهما فرعاً هنا قريباً ان شاء الله تعالى ولا اختصاص لهذا الكلام بالمخيض بل هو جار فى الحليب وغيره من أنواع اللبن والمصنف انما تكلم فيه الى المخيض لانه الذى يخالطه الماء غالباً والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو باع المخيض بعد اخراج الزبد منه بالزبد أو السمن قال الشافعى فى المختصر فلا بأس وممن نص عليه من الأصحاب نصر *

به اليه والقول قول المقر فى نفى غيره *

﴿ الباب الرابع فى الاقرار بالنسب * ومن هو من أهل الاقرار ﴾

قال ﴿ اذا قال لغيره هذا ابني التحق به بشرط أن لايكذبه الحس بأن يكون أكبر سناً منه * أوالشرع بأن يكون مشهور النسب * أو المقر له بأن يكون بالغاً فينكر * فلو استلحق مجهولا بالغاً ووافقه لحق * ولو كان صغيراً لحق فى الحال حتى يتوارثان فى الصغر * فلو بلغ وأنكر ففى اعتبار انكاره بعد الحكم به خلاف * ولو مات صبي وله مال فاستلحقه ثبت نسبه وورث * وان كان بالغاً فاستلحقه بعد الموت ففيه خلاف * لان تأخيره الى الموت يوشك أن يكون خوفاً من انكاره ﴾ *

الاقرار بالنسب لايصح الا اذا كان المقر بالصفات المعتبرة فى المقرين كما سبق ثم لايخلو اما ان يلحق النسب بنفسه أو بغيره (القسم الاول) أن يلحق النسب بنفسه فيشترط فيه أمور (أحدها) أن لايكذبه الحس ويكون ما يدعيه ممكناً فلو كان فى سن لايتصور أن يكون ولداً للمستحق بأن كان أكبر سناً منه أومثله أوكان المستلحق أكبر ولكن بقدر لايولد لمثله فلا اعتبار باقراره ولو قدمت

(فرع) لو باع ابن غنم بابن بقر وفرعنا على الصحيح فى أنهما جنسان جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض فان كان أحدهما أو كلاهما مشوبا بالماء وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجهل بالمقصود وان كان معلوما كما فرضته فيما تقدم فينبغى على قياس ما تقدم أن يقال إن كان الماء يسيرا غير مقصود صح كبيع الحنطة بالشعير وفى كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة ولا يعتبر بأثرها فى الكيل لاختلاف الجنس وان كان كثيرا بحيث يقصد (فان قلنا) الماء مملوك ربوى لم يجز لقاعدة مد عجوة (وان قلنا) مملوك غير ربوى تأتى فيه الطريقة التى ذكرها البغوي فى الحلول من التخريج على القولين فى الجمع بين مختلفي الحكم لان اللبنين يشترط التقابض فيهما بخلاف الماءين (وان قلنا) الماء ليس بمملوك أصلا فيأتى فيه ما مر فى مسألة الحلول فليطالع التنبيه الذى هناك وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر وزبد الغنم بسمن البقر وسمن الغنم بسمن البقر يدا بيد قاله الصيمرى وقد تقدم ذلك معرفا فى مواضعه * قال المصنف رحمه الله تعالى *

(وان باع الجبن أو الاقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز لان أجزاءها منعقدة و يختلف انعقادها ولان فيها ما يخالطه الملح والانفحة وذلك يمنع التماثل) *

(الشرح) الاحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضى حسين رأس المراوزة وغيرهما والثلاثة الأولى جزم بها المحاملى والرافعى والقاضى حسين والبغوى وعلة انعقاد أجزاء

امرأة من الروم أوغيرها من بلاد الكفر ومعها صبى فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج اليها أو أنها قدمت قبل ذلك وان لم ينقدح احتمال لم يلحقه (والثانى) ان لايكذبه الشرع بأن يكون المستلحق معروف النسب من غيره لأن النسب الثابت من شخص لاينتقل إلى غيره ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق أو يكذبه وفيما جمع من فتاوى القفال أن المنفي باللعان لايصح استلحاقه لأن فيه شبهة الملاعن (والثالث) أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه فان استلحق بالغا فكذبه لم يثبت النسب إلا أن يقيم عليه بينة فان لم تكن بينة حلفه فان حلف سقط دعواه فان نكل حلف المدعى وثبت نسبه وكذا لو قال رجل لآخر أنت أبى فالقول قول المنكر مع يمينه وان استلحق صغيرا ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات ويرث هو لو مات الصغير وان استلحق صغيرا فلما بلغ كذبه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يندفع النسب لأنا إنما حكمنا به حين لم يكن انكار (وأظهرهما) أنه لايندفع لأن النسب مما يحتاط له فاذا حكم بثبوته لم يتأثر بالانكار كما لو ثبت بالبينة وعلى هذا فلو أراد المقر تحليفه قال ابن الصباغ ينبغى أن لايمكن منه لأنه لو رجع لم يقبل فلا معنى لتحليفه ولو استلحق مجنونا فافاق وأنكر فهو على الوجهين ولو استلحق صبيا بعد موته لحقه كان له

بالنار شاملة لجميعها اللبأ وغيره وكذلك علة مخالطتها لغيرها فى الجبن الانفحة وفى الاقط الملح وفى المصل الدقيق وأما اللبأ فليس فيه الا التأثر بالنار وكذلك حكى الامام عن شيخه انه ذكر ان أثر النار قريب وهو مشبه بالسكر فى المعقودات وكذلك قال الرافعى ان فى بيع اللبأ باللبأ وجهين كما فى السكر بالسكر وما ذكره الامام فى تفسير اللبأ يحتاج إلى قيد آخر وهو أن يكون محلوبا عقيب الولادة بحسب مانعرفه فى بلادنا ولعل ذلك مراد الامام من قوله أول الحلبة من الدرة الاولى• ونقل العجلى عن صاحب المعتمد أنه قال لو دق المصل حتى أمكن كيله يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض و باللبن ولعل مراده بالمصل مالا دقيق فيه أما إذا فرض فيه الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم * وفى البحر أن بيع المصل بالمصل إنما لايجوز لأنه لايمكن كيلها فان دقا جميعا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه باللبن أيضاً قال وهذا عندى إذا لم يخالطه ملح فان خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف وادعى الامام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن وقال الماوردى ان الجبن بالجبن لايجوز واختلف أصحابنا فى العلة المانعة فقال ابن سريج لأن أصله الكيل وهو متعذر وقال غيره لأن فيه الأنفحة يجمد بها تمنع من التماثل فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيتاً وصار ناعما جاز بيع بعضه ببعض علي قول ابن سريج لامكان كيله ولم يجز على قول غيره لبقاء الانفحة فيه والله أعلم * قال الامام وأجمع الاصحاب

مال أو لم يكن ولم ينظر الى التهمة بطلب المال بل يورث لان أمر النسب مبني على التغلب ولهذا نثبته لمجرد الامكان حتى أنه لو قتله ثم استلحقه قبل ويحكم بسقوط القصاص وقال أبو حنيفة رحمه الله لايلحقه (وأما) إذا كان بالغاً ففيه وجهان لان شرط لحوق البالغ تصديقه ولا تصديق ولان تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك ان يكون خوفا من انكاره وهذا أظهر عند القاضى الحسين وصاحب التهذيب والاكثرون على أنه يلحقه كالصغير ومنعوا كون التصديق شرطاً على الاطلاق بل هو شرط إذا كان المستلحق أهلا للتصديق (وأما الكلام الثانى) فهو تمسك بالتهمة وقد بينا أنه لااعتبار بها فى النسب ويجرى الوجهان فيما إذا استلحق مجنونا طرأ جنونه بعد مابلغ عاقلا ولو ازدحم اثنان فصاعدا على الاستلحاق نظر ان كان المستلحق بالغا ثبت نسبه ممن صدقه وان كان صبياً لم يلحق بواحد منهما بل الحكم ماهو مذكور فى الكتاب فى باب اللقيط فاذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحوق وهذا كله فيما إذا كان المستلحق ذكراً حراً (أما) استلحاق المرأة والعبد فسيأتيان فى اللقيط ولو استلحق عبد الغير أو معتقه لم يلحقه ان كان صغيراً محافظة على حق الولاء للسيد بل يحتاج إلى البينة وان كان بالغاً وصدقه ففيه خلاف نذكره هناك ولو استلحق عبداً فى يده نظر ان لم يوجد الامكان بان

علي منع بيع الاقط بالاقط وذلك أنه إن كان مختلطاً بملح كثير يظهر له مقدار التحقق ببيع المختلط وان لم يكن فيـه ملح فهو معروض على النار وللنار فيـه تأثير عظيم فيلتحق الـكلام فيه بالمنعقد ولم يفصلوا بين أن يكون عقده بالنار أو بالشمس الحامية (قلت) إذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الامام فى العسل إذا شمس كذلك بشمس الحجاز وبحث وقال ان النار تؤثر تأثيراً مستويا فهلا قال ذلك هنا وجوز على مساقه بيع بعضه ببعض كالعسل إلا أن يقول إن الـكلام هنا فى المنعقد ولا فرق فى سببه بين النار والشمس إذا وجد الانعقاد والـكلام هنا فى التصفية بدون الانعقاد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وأما بيع نوع منـه بنوع آخر فانه ينظر فيـه فان باع الزبد بالسمن لم يجز لان السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمسم وان باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز لأنه ليس في احدهما شيء من الآخر قال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبرى رحمـه الله هما كالجنسين فيجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا بلا خلاف وان باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز وقال أبو اسحق لايجوز لان فى الزبد شيئاً من المخيض فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لايصح لان الذى فيـه من المخيض لايظهر الا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم وما سوى ذلك لايجوز بيع نوع منـه بنوع آخر لانه يؤدى الى التفاضل ﴾ *

كان أكبر سناً منه كفي قوله وان وجد فان كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيراً وحكم بعتقه وكذا إن كان بالغا وصدقه وان كذبه لم يثبت النسب وفى العتق وجهان وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره (وأما) لفظ الـكتاب فقوله التحق به يجوز اعلامه - بالميم - لان البندنيجى حكى عن مالك أنه ان شاع فى الناس انه استلحق من ليس ولداً له لم يلحقه وان اجتمعت الشرائط التى ذكرناها (و قوله) أو المقر له ليس فيه الا اعتبار عدم التـكذيب وهو معتبر لـكنه غير مكنى به بل المعتبر تصديقه عند الامكان صرح به صاحب الشـامل وغيره وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب (وقوله) فلو استلحق مجهولا بالغا لفظ المجهول لاضرورة اليه فى هذا الموضع فانه قد بين اشتراطه من قبل واذا كنا فى شرط لم نحتج فيه إلى التعرض لسائر الشرائط إلا للايضاح *

﴿ فرع ﴾ لو استلحق بالغا عاقلا ووافقه ثم رجعا قال ابن أبى هريرة رحمه الله يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع وصدقه المقر له وعن الشيخ أبى حامد أنه لايسقط لأن النسب المحكوم بثبوته لايرتفع بالاتفاق كما لو ثبت بالفراش *

قال ﴿ ولو كان له أمتان ولـكل واحدة ولد ولا زوج لهما فقال أحدهما ابني علقت به أمه فى

﴿ الشرح ﴾ فيه مسائل (احداها) بيع الزبد بالسمن قال الشافعي فى المختصر ولاخير فى سمن غنم بزبد غنم واتفق الاصحاب على ذلك الصيمرى والشيخ أبو حامد وابو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والماوردي والرافعى وغيرهم لما ذكره المصنف ولتحقق المفاضلة بسبب مافيه من اللبن هكذا علله الرافعى ولك أن تقول قد تقدم أن السمن قليل فاذا كان اللبن المختلط بالزبد يسيراً بحيث لايؤثر فى المكيال أشبه التراب المختلط بالحنطة فينبغي أن يجوز على هذه العلة (وأما) العلة الاولى التى ذكرها المصنف فان السمن حاصل فى الزبد بالقصد حصول الدقيق فى الحنطة (وأما) الشيرج فكامن فى السمسم لاظاهر ولذلك يجوز بيع السمسم بالسمسم فلا يصح أن يقال أن السمن مستخرج من الزبد إلا أن يقال ان ذلك من باب الاولى -⁽¹⁾ بما هو كامن فيه فلا يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى وهو صحيح (المسألة الثانية) السمن بالمخيض جزم الشيخ أبو حامد ونصر المقدسى والمحاملى والماوردى وابن الصباغ والقاضى حسين بالجواز كما نقله المصنف عن النص ونقله أبو الطيب عن كتاب الصرف والاملاء وعن المزنى هنا وقد رأيته فى الصرف فى بيع الضمان ونقله المحاملى عن المختصر وما أظن فيه خلافاً وما نقله المصنف عن أبي الطيب لم أره فى تعليقه وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص فانه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلا كما قال القاضى أبو الطيب وكذلك ابن الصباغ وصاحب التهذيب و يحتمل أن يراعى شرط التماثل وهو بعيد قال

ملكي طولب بالتعيين * فان عين ثبت نسبه وعتقه وأمية الولد للام * فان مات كان تعيين الوارث كتعيينه * فان عجزنا عنه فالحاق القائف كتعيينه * فان عجزنا فيقرع بينهما فمن خرجت قرعته عتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه إذ القرعة لاتعمل إلا فى العتق * وهل يقرع بين الأمتين للاستيلاد فيه خلاف من حيث أن أمية الولد فرع النسب وقد أيس عنه * وهل يوقف نصيب ابن من الميراث فيه خلاف لانه نسب أيس من ظهوره فيمتنع التوريث به * ولو كانت له أمة لها ثلاثة أولاد فقال أحدهم ابني فان عين الاصغر تعين * وان عين الاوسط عتق معه الاصغر وثبت نسبهما * الأأن يدعى استبراء بعد ولادة الاوسط ورأينا ذلك نافيا للنسب * فان مات قبل البيان وعجزنا عن تعيين الوارث والقائف أقرع بينهم * وأدخل الصغير فى القرعة * وفائدة خروج القرعة عليه اقتصار العتق عليه والا فهو عتيق فى كل حال * وفى وقف الميراث الخلاف الذى مضى ﴾*

في الفصل مسألتان تقدم عليهما أن من له جارية ذات ولد إذا قال هذا ولدى من هذه الجارية ثبت نسبه عند الامكان وهل تكون الجارية أم ولد فيه قولان و يقال وجهان (أحدهما) لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح ثم ملكها وحينئذ لاتكون أم ولد على أحد القولين (والثانى) نعم

ابن الصباغ (فان قيل) أليس قلتم يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين (قلنا) الكسب لاينفرد عن الشيرج ولابد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فان المخيض لايبقى فيه سمن ذكره مع السمن في باب بيع الآجال وادعى الامام اتفاق الأئمة عليه (المسألة الثالثة) الزبد بالمخيض المنصوص للشافعي أنه يجوز وقال أبو اسحق والشيخ أبو حامد لايجوز لما ذكره المصنف فأما أبو اسحق فانه بناه على تعليله السابق والشيخ أبو حامد لم يوافقه على ذلك التعليل فكيف وافقه على هذا الحكم هنا وفي البحران أبا حامد قال أجاب الشافعي بهذا ظناً منه لالبن في الزبد وليس كما ظن فان الزبد لاينفك من اللبن فلا يجوز وهذا قياس المذهب قال وأجاب اصحابنا بان الشافعي انما قال ذلك إذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً وذلك القدر يسير لايتبين الا بالنار والتصفية فلا حكم له وقال القفال المذهب ما نص عليه لان المقصود من الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن اذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلا انتهى كلام الروياني وقال الروياني أيضاً قال الشيخ أبو محمد الجويني في المنهاج المخيض الذي في الزبد قليل فلا حكم له كما لو باع حنطة لاشعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة قال وهذا خلاف ماذكر القفال وهو الاصح وحكى أبو الطيب عن أبي اسحق الموافقة في بيع السمن بالمخيض لانه لالبن فيه قال أبو الطيب وهذا التعليل صحيح الا ان المذهب انه يجوز البيع في الزبد أيضاً لانه لاحكم لذلك اليه اذا كان لايتبين الا بالتصفية بالنار *

لان الظاهر انه استولدها في الملك لانه حاصل محقق والنكاح غير معلوم والاصل فيه العدم وللمسألة خروج ظاهر على قول يقابل الاصل والظاهر وما الاظهر من الخلاف في المسألة ذكر الشيخ أبو حامد وجماعة أن الثاني أظهر وهو ظاهر نصه في المختصر لكن الاول أقرب الى القياس وأشبه بقاعدة الاقرار وهي البناء على اليقين ولقربه أعرض الاكثرون عن الترجيح وأرسلوا ذكر الخلاف ومن ذهب اليه لم يصعب عليه جعل النص علي الصورة الآتية ولو قال انه ولدي ولدته في ملكي فطريقان (أحدهما) القطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك (وأصحهما) أنه على القولين لاحتمال أن يحبلها قبل الملك بالنكاح ثم يشتريها وتلد بالملك ولو قال انه ولدي استولدتها به في ملكي أو علقت به في ملكي انقطع الاحتمال وكانت أم ولد له لامحالة وكذا لو قال هذا ولدي منها وهي في ملكي منذ عشرين سنة وكان الولد ابن سنة وهذا كله مفروض اذا لم تكن الام مزوجة ولافراشا أما اذا كانت مزوجة لم ينسب الولد الى السيد ولم يعتد باستلحاقه للحوقه بالزوج وان كانت فراشا له فان أقر بوطئها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالاقرار ولا يعتبر فيه الا الامكان ولا فرق في الاقرار بالاستيلاد بين أن يكون في الصحة أو في المرض لأن انشاءه نافذ في الحالتين اذ ثبين ذلك فالمسألة

﴿ فرع ﴾ اذا بيع الزبد بالمخيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب في السمن بالمخيض ويدلك على ذلك ردهم على أبي اسحق ولو كان الزبد والمخيض جنساً واحداً لم يحتاجوا الى أن يغتفروه لقلته ولم يتجه لابي اسحق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ولا للاصحاب بل زيادة بيان على ما أجملوه وكذلك قول صاحب التهذيب والله أعلم * وقال صاحب التهذيب يجوز بيع المخيض بالزبد كالسمن وان كان في الزبد قليل مخيض وفي المخيض قليل زبد لان المقصودين مختلفان في الجنس كبيع الحنطة بالشعير وفي أحدهما قليل قصل أو زوان (قلت) يعني ان التماثل ليس شرطاً فالخلط وان منع التماثل فهو غير مقصود فلا يضر وقال امام الحرمين لاخلاف أن المخيض والسمن جنسان مختلفان لتباين الصفات واختلاف الاسم والغرض فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لاخلاف فيه وكذلك نبه عليه صاحب الوافي في شرح المهذب قال قال شيخنا لاخلاف فيه أنه يجوز بيع السمن بالمخيض متفاضلا والقاضي أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا اخباراً عن ذلك لا انه مذهب له يخالف فيه غيره * وقول المصنف رحمه الله وما سوى ذلك الي آخره كذلك هو في تعليق القاضي أبي الطيب وماخصه أنه لايجوز في هذا الفصل الا بيع السمن بالمخيض والزبد بالمخيض خلافا لابي اسحق والشيخ أبي حامد ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملي والماوردي والقاضي حسين (١) وهو أنه لايجوز بيع شيء من الاقط والجبن والمصل واللبأ بالآخر قال المحاملي ولا بالزبد ولا بالسمن ولا بالمخيض * قال امام الحرمين والاصحاب لما جوزوا بيع

(١) بياض بالأصل فحرر

الأولى اذا كان له امتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي فللأمتين أحوال (احداها) أن لاتكون واحدة منهما مزوجة ولا فراشاً للسيد فيؤمر بالتعيين كما لو أقر بطلاق احدى امرأتيه فاذا عين أحدهما ثبت نسبه وكان حراً وورثه وهل أمه أم ولد له وان صرح بأنه استولدها به في النكاح لم تصر أم ولد وان أضافه الي وطء شبهة ففيه قولان يذكران في موضعهما ولو قال استولدتها بالزنا مفصولا عن الاستلحاق لم يقبل وكانت أمية الولد على القولين فيما اذا أطلق الاستلحاق وان وصله باللفظ قال في التهذيب لايثبت النسب ولا أمية الولد ولك أن تقول ينبغي أن يخرج على قولي تبعيض الاقرار ولو ادعت الأمة الاخرى أن ولدها هو الذي استلحقه وأنها التي استولدها فالقول قول السيد مع يمينه ولو ان السيد مات قبل التعيين قام ورثته مقامه في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والارث وتكون أم المعين مستولدة ان ذكر السيد مايقتضي ثبوت الاستيلاد والاستيلاد وحكم بيانهم حكم بيان المورث فان قالوا لانعلم أنه بما استولدها ففي الخلاف فيما اذا أطلق المستلحق استلحاقه ولو لم يكن وارث أو قال الورثة لا نعلم عرض الولدان على القائف فايهما ألحقه به

المخيض بالزبد لم يفرقوا بين القليل والكثير و إذا كثر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغاً يطلب مثله فى جنس المخيض ولكن المرعى فى الباب أن مايميز من الزبد فى الغالب تبدد ولا يعني بجمعه وان كثر الزبد فهذا هو المعني بقول الأصحاب الرغوة غير مقصودة * قال الامام إذا امتنع بيع الاقط بالاقط امتنع بيعه بالمصل فانهما من المخيض لايتفاوتان فى الصفات تفاوتا يختلف الجنس به و يمتنع بيع المخيض بالاقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالدبس و بيع الجبن بالاقط ممتنع قال الامام قال العراقيون الاقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحد (أما) المخيض والاقط والمصل فكما ذكروه (وأما) الجبن ففيه مايجانس المخيض وهو كقول القائل اللبن والاقط جنس واحد والوجه أن يقال فى اللبن جنس الاقط (قلت) وهذه المشاحة فى العبارة ومقصودهم ماذكروه وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف فى بيع خبز القمح بخبز الشعير (إذا قلنا) الأدقة أجناس *

لحق والحكم فى النسب والحرية والارث كتعيين المورث أو الوارث وفى الاستيلاد كما أطلق الاستلحاق ويجوز ظهور الحال للقائف مع موت المستلحق بان كان قد رآه أو بان يرى قبل الدفن أو بان يرى عصبته فيجد الشبه فان عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه أو لالحاقه الولدين به أو نفيهما أو أشكل الامر عليه أقرعنا بينهما لنعرف الحر منهما ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا بخلاف مالو تنازع اثنان فى ولد ولا قائف لان الاشتباه ههنا فى أن الولد أيهما فلو اعتبر الانتساب فربما انتسب كل واحد منهما اليه فلا يرتفع الاشكال ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث لان القرعة على خلاف القياس وانما ورد الخبر بها فى العتق فلا تعمل فى النسب والميراث * نعم هل يوقف نصيب ابن بين من خرجت القرعة له وبين الآخر فيه وجهان ثاني توجيهها (والاظهر) منهما فى المسألة الثانية واختيار المزني أنه يوقف (واما الأستيلاد) فهو علي التفصيل السابق فان لم يوجد من السيد ما يقتضيه لم يثبت وان وجد فهل تحصل أمية الولد فى أم ذلك الولد بخروج القرعة حكى الامام فيه وجهين وقال المذهب أنها لا تحصل لأنها تتبع النسب فاذا لم يجعله ولدا لم يجعلها أم ولد والذى أورده الاكثرون أنها تحصل لان المقصود العتق والقرعة عاملة فيه فكما تفيد حريته تفيد حريتها وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب وهل يقرع بين الامتين في الاستيلاد فيه خلاف وقد يتبادر الى الفهم من ظاهره اخراج القرعة بهما مرة أخرى ولايفعل ذلك اذ لايؤمن خروج القرعة على غير التى خرج لولدها *

﴿فرعان﴾ أحدهما حيث يثبت الاستيلاد فالولد حر الأصل لاولاء عليه وحيث لايثبت فعليه الولاء الا

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر بابن الابل فيكون حكمه وليس في لبن الابل سمن يتميز بالمخض والعلاج قال الامام الظاهر أنا لانجعل لبن الابل مشتملا على سمن تقديراً حتى يقال هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ثم إذا كان كذلك فوراءه احتمال فى ان سمن البقر هل يخالف جنس لبن الابل والتفريع على تجانس الالبان فالظاهر أنه خلافه فيجوز بيعه به متفاضلا والسبب فيه انا حكمنا بتجانس الالبان لاجتماعها فى الاسم الخاص وقد زال هذا المعنى ولم يقدر فى ابن الابل سمناً والعلم عند الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ قال الامام الانفحة الوجه القطع بطهارتها لاجماع المسلمين على طهارة الجبن وهو فى الغالب لايخلو عن الأنفحة والذى اليه اشارة الاصحاب ان الانفحة جنس على حيالها مخالف للبن وكل مايتخذ منه ولست أدرى أنها من المطعومات وحدها كالملح حتى تعتبر المماثلة فى بيع بعضها ببعض أم ليست من المطعومات *

إذا نسبه الى وطء شبهه وقلنا انها لاتصير أم ولد اذا ملكها بعد ذلك (والثانى) اذا لم يثبت الاستيلاد ومات السيد ورث الولد أمه وعتقت عليه وهذا اذا تعين لا بالقرعة وان كان معه وارث آخر عتق نصيبه عليه ولم يشتر هذا تمام الكلام فى الصورة الاولى وهى المذكورة فى الكتاب (الثانية) اذا كانت الامتان مزوجتين لم يقبل قول السيد وولد كل أمة يلحق بزوجها وان كانت فراشا للسيد فان كان قد أقر بوطئها لحقه الولدان بحكم الفراش (الثالثة) اذا كانت أحداها مزوجة لم يتعين أقراره فى الأخرى بل يطالب بالتعيين فان عين ولد المزوجة لم يقبل وان عين فى ولد الأخرى قبل وثبت نسبه وان كانت احداها فراشا له لم يتعين اقراره فى ولدها بل يؤمر بالتعيين فان عين فى ولد الأخرى لحقه بالاقرار والولد الآخر ملحق به بالفراش (المسألة الثانية) اذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد أحد هؤلاء ولدى والتصوير فيما اذا لم تكن مزوجة ولا فراشا للسيد قبل ولادتهم فيطالب بالتعيين فمن عينه منهم فهو نسيب حر وارث والقول فى الاستيلاد على التفصيل الذى مر ثم اذا كان المعين الاصغر فالا كبران رقيقان فلكل واحد منهما أن يدعى انه الولد والقول قول المنكر مع يمينه فان كان المعين الأوسط فالا كبر رقيق وأمر الصبى مبني على استيلاد الأمة فاذا لم نجعلها مستولدة فهو رقيق كالأم وان جعلناها مستولدة فينظر ان لم يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشا له بالأوسط فيلحقه الاصغر ويرثه وادعى الاستبراء فينبني على أن نسب ملك اليمين هل ينتفى بدعوى الاستبراء فيه خلاف مذكور فى اللعان (وان قلنا) لاينتفى فهو كما لو لم يدع الاستبراء (وان قلنا) ينتفى فلا يلحقه الاصغر وفى حكمه وجهان (أظهرهما) انه كالأم يعتق بوفاة السيد لانه ولد أم ولد

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لايباع حي بميت وروي ابن عباس رضى الله عنه أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضى الله عنه فجاء رجل بعناق فقال أعطوني بها لحماً فقال أبو بكر لايصلح هذا ولانه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم ﴾*

﴿ الشرح ﴾ حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهرى عن سعيد كما ذكره المصنف ورواه مالك فى الموطأ والشافعي عنه فى المختصر والام وابو داود أيضاً من طريق زيد بن أسلم عن سعيد أن رسول الله صلي الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان هذا لفظ الشافعي عن مالك وأبى داود عن القعنبي عن مالك وكذلك هو فى موطأ ابن وهب ورأيت في موطأ القعنبي عن بيع الحيوان باللحم والمعني واحد وكلا الحديثين أعني روايتى الزهرى وزيد بن أسلم مرسل

وأم الولد إذا ولدت من زوج أو زنا عتق بعتقها (والثانى) أنه يكون قنا لأن ولد أم الولد قد لايكون كذلك كما لو أحبل الراهن الجارية المرهونة وقلنا انها لاتصير أم ولد له فبيعت فى الحق وولدت أولاداً ثم ملكها وأولادها فانا نحكم بأنها أم ولد على الصحيح والأولاد أرقاء لايأخذون حكمها وأيضاً فانه إذا أحبل جارية بالشبهة ثم أتت بأولاد من زوج أو زنا ثم ملكها وأولادها تكون أم ولد له على قول والأولاد لايأخذون حكمها واذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاد أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال ولصاحب الوجه الأول أن يقول الأولاد فى الصورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاد فالأصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاد علي أن بعضهم حكى فى صورة الرهن وجهاً أن الأولاد يأخذون حكمها ولا يبعد أن يجيء مثله فى صورة الأحبال بالشبهة وذكر فى التتمة وجهاً آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لايثبت نسبه ويكون حكمه حكم الأم يعتق بموت السيد لأن الاستبراء حصل بالأوسط ولم أر لغيره ذكر وان كان المعين الأكبر فالقول فى حكم الأوسط والأصغر كما ذكرناه فى الأصغر إذا عين الأوسط ولو مات السيد قبل التعيين عين وارثه فان لم يكن وارث أو قال لا أعرف عرضوا على القائف ليعين والحكم على التقديرين كما لو عين السيد فان تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية وثبوت الاستيلاد على التفصيل الذى سبق واعترض المزنى فى المختصر بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد لأنه اما ان يكون هو المقر به أو يكون ولد أم الولد وولد أم الولد يعتق بموت السيد وان كان حراً بكل حال وجب أن لايدخل فى القرعة أيضاً لاحتمال أنها لاتخرج علي غيره فيلزم ارقاقه واختلف الأصحاب فى الجواب عنه فسلم بعضهم حريته وقالوا انه لايدخل فى القرعة ليرق

ولم يسنده واحد عن سعيد وقد روى من طرق أخر (منها) عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تباع الشاة باللحم رواه الحاكم فى المستدرك وقال رواية عن أخرهم أئمة حفاظ ثقات وقد احتج البخارى بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل فى الموطأ هذا كلام الحاكم ورواه البيهقى فى سننه الكبير وقال هذا اسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن بن سمرة عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد انضم الى مرسل سعيد ومن سيذكر * (ومنها) عن سهل بن سعد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه الدارقطنى وقال تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الاسناد ولم يتابع عليه وصوابه فى الموطأ عن ابن المسيب مرسلا وذكره البيهقي أيضاً فى سننه الصغير وحكم بان ذلك من غلط يزيد بن مروان و يزيد المذكور تكلم فيه يحيي بن معين وقال ابن عدى وليس هذا بذلك المعروف (ومنها) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم قال عبد الحق خرجه البزار فى مسنده من رواية ثابت بن زهير

ان خرج لغيره بل ليرق غيره ان خرجت عليه و يقتصر العتق عليه وهذا ما ذكره فى الكتاب ومنعها آخرون بناء على أنها وان كانت أم ولد فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً (والأظهر الأول) وهو عين الوجه الأول المذكور فيما اذا عين الأوسط وادعي الاستبراء بعده وقلنا انه ينتفى به النسب ثم إذا أقرعنا بينهم وخرجت القرعة لواحد منهم فهو حر والمشهور ان النسب والميراث لايثبتان كما ذكرنا فى المسألة الأولى وعن المزنى فى المختصر الكبير ان الأصغر نسيب بكل حال لانه بين أن يكون هو المراد بالاستلحاق و بين أن يكون ولد أمته التى صارت فراشاً له بولادة من قبل وجرى الاصحاب على رأيهم فى الطعن على اعتراضاته متبادرين لكن الحق المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعي الاستبراء قبل ولادة الأصغر و بين ما اذا لم يدعه ويساعده فى الحالة الثانية واذا ثبت النسب ثبتت الحرية لامحالة وحيث لانحكم بثبوت النسب فهل يوقف الميراث فيه وجهان (أحدهما) نعم لانا نتيقن ان أحدهما ابنه وان لم تفد القرعة تعيينه فأشبه ما اذا طلق احدى امرأتيه ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة (والثانى) لا لانه اشكال دفع الناس من زواله فأشبه ما اذا غرق المتوارثان فلم يدر أنهما ماتا معاً أو على التعاقب لاتوريث ولا وقف وهذا أصح عند الاكثرين واختار المزنى الوقف واختلف الرواية عنه فى كيفيته ففى رواية ابن خزيمة وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع اليه ربع الميراث ويدفع ربعه الى الأصغر و يوقف النصف وفى رواية ابن عبدان المروزى فى آخرين أنه يدفع نصف الميراث الى المعروف النسب و يوقف النصف للمجهول واعلم أن الرواية الاولى مبنية على ماذهب اليه المزنى من أن الاصغر نسيب بكل حال فهو والمعروف ابنان يقينا فيدفع النصف اليهما و يوقف النصف

عن نافع وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لايستقل به ذكره أبو حاتم الرازي (قلت) وفي الاولين غنية عنه واما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذي انه صحيح ونقل ذلك في جامعه عن علي بن المديني وغيره عند حديثه في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وغيره من الاحاديث وقال في بعض المواضع وقد تكلم بعض أهل الحديث في رواية الحسن عن سمرة وقالوا إنما تحدث عن صحيفه سمرة وقال الخطابي والحسن عن سمرة مختلف في اتصاله عند أهل الحديث وروى بسنده عن يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة صحيفة وقال في باب الشفعة وقال غير يحيي بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب وعن البيهقي أن أكثر الحفاظ لايثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة وقال ابن عبد البر لا أعلم حديث النهى عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبي صلى الله عليه وسلم من وجه ثابت وأحسن اسانيده مرسل سعيد بن المسيب وكأن ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا وكذلك ابن المنذر فانه قال واخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لايثبت

بينهما و بين الاكبرين فيجوز أن يكون الاوسط ابنا دون الاكبر والرواية الثانية اختيار للشافعي رضي الله عنه جوابا على أنه لايثبت نسب واحد منهم على التعيين ولكن يعلم أن فيهم ابنا فيقف النصف له و يدفع النصف الى الابن المعروف وأما لفظ الكتاب (فقوله) فقال أحدهم ابني أراد ما اذا ذكر معه مايقتضي الاستيلاد على أمة صور في المسألة الأولى حيث قال فقال أحدهما اني علقت به في ملكي ألا ترى أنه حكم بعتق الأصغر عند تعيين الأوسط وانما يكون كذلك اذا ثبت الاستيلاد (وقوله) عتق معه الاصغر يجوز اعلامه بالواو للوجه المنقول عن التهذيب (وقوله) أقرع بينهم بالحاء لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن الأصغر حر كله ويعتق من الأوسط ثلثاه لانه حر في الحالتين وهما اذا عينه أو عين الاكبر فالاكبر رقيق في حالة وهي إذا عين الاصغر ومن الاكبر ثلثه لانه حر في حالة وهي اذا عين فيه رقيق في حالتين وهما اذا عين في الأوسط أو الاصغر قال و يعتق من الام ثلثاها لانه قد عتق ثلثا ولدها (وقوله) وان دخل الصغير في القرعة اعلم بالزاى لما تقدم و يجوز أن يعلم بالواو أيضا لانه نقل في النهاية وجها عن بعض الاصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة قال وهو ضعيف لانه انما يقرع بين عبدين يتعين ان فيهم حراً ومن الجائز أن يكون المستلحق الاصغر و يكون الاكبران رقيقان فكيف يقرع بينهما وقوله والا فهو عتق بكل حال معلم ـ بالواو ـ لما مر *

قال ﴿ أما اذا أقر باخوة غيره أو بعمومته فهو اقرار بالنسب على الغير فلا يقبل إلا من وارث مستغرق * كمن مات وخلف ابناً واحداً فأقر باخ آخر ثبت نسبه وميراثه * وان كان معه زوجة اعتبر موافقتهما (و) لشركتهما في الأرث * وكذا موافقته المولى (و) المعتق * وان خلف بنتاً واحدة وهى معتقة ثبت النسب باقرارها لأنها مستغرقة * فان لم تكن معتقة فوافقها الامام ففيه

(فان قلت) قد روى الحسن عن سمرة حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولم يقل به الشافعى فان كان يصحح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما (قلت) النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص انه كان يأخذ البعير بالبعير إلى أجل فلذلك لم يقل به الشافعى وهذا الحديث فى النهى عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض بل عضده مراسيل وآثار وعمل أكثر أهل العلم ومع ثبوت حديث سمرة لايحتاج إلى تكلف تقدير التمسك بالمرسل ولكن الشافعى رضى الله عنه لما ذكر المرسل في ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ما اشتهر عن الشافعى أنه لايحتج بالمرسل فلذلك تكلم الاصحاب في ذلك فى هذا الموضع وملخص القول فى ذلك انه لاخلاف فى مذهب الشافعى رحمه الله أن المرسل غير محتج به فى الجملة وابن عباس عن أبى بكر رواه الشافعى أيضاً فى المختصر وقال فى الام أنا ابن أبي يحيي عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس عن أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنه كره بيع الحيوان باللحم نقلت ذلك من نسخه معتمدة من الام بخط كاتب

خلاف لأن الامام ليس بوارث انما هو نائب * ولو خلف اثنين فاقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر لم يثبت النسب ولا الميراث (ح) على القول المنصوص * وقيل انه يثبت باطناً وفى الظاهر خلاف فلو مات وخلف ابناً مقرا فهل يثبت الآن فيه خلاف * لأن اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل * وكذا الخلاف فيما إذا لم يخلف الا الأخ المقر * ولو كان ساكتاً فمات فأقر ابنه ثبت لامحالة * والأخ الكبير مع الصغير لاينفرد بالاقرار بالنسب على الأصح * ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر فقيل انه لايشارك لأن موجب قوله أن من أقر له ليس من أهل الاقرار * وقيل إنه يستحق الكل ﴾ *

القسم الثانى أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول هذا أخى ابن أبي أو ابن أمى أو بعمومة غيره فيكون ملحقاً للنسب بالجد والكلام فى فصلين (أحدهما) فى ثبوت النسب ويثبت النسب بهذا الالحاق بالشرائط المقدمة فيما اذا لحق بنفسه وبشرائط أخر (أحدها) أن يكون الملحق به ميتاًفما دام حياً ليس لغيره الالحاق به وان كان مجنونا (والثانية) أن لايكون الملحق به قد نفى المقر به أما إذا نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته ففيه وجهان (أحدهما) اللحوق كما لو استلحقه المورث بعد مانفاه بلعان وغيره (والثانى) المنع لأنه نسب قد سبق الحكم ببطلانه في الحاقه به بعد الموت الحاق عار بنسبه وشرط الوارث أن يفعل مافيه حظ الموروث لامايضر به ولم يورد صاحب التهذيب من الوجهين الا الثانى ولا معظم العراقيين الا الاول وهو الاشبه (والثالثة) صدور الاقرار من الورثة الحائزين للتركة وفيه مسائل (أحدها) اقرار الاجانب لايثبت به النسب ولو مات مسلم عن ابن كافر أو قاتل أو رقيق

الوزير وروى الشافعي في الام في باب بيع الاجال عن مسلم وهو ابن خالد عن ابن جريج عن القاسم ابن أبي برة قال قدمت المدينة فوجدت جزورا قد حذرت أجزاء كل جزء منها بعناق فاردت ان ابتاع منها جزءا فقال لى رجل من أهل المدينة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حى بميت فسألت عن ذلك الرجل فاخبرت عنه خيرا * السائل عن الرجل هو القاسم بن أبي برة فيما أظن أما (حكم المسألة) فقول المصنف مفروض فى بيع الحيوان الماكول بجنسه كالبقر بلحم البقر والغنم بلحم الغنم وما أشبه ذلك ولا خلاف عندنا فى منعه نقدا ونسأ للآثار المتقدمة وهو قول أبي بكر الصديق رضى الله عنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتى ومذهب مالك والاوزاعى والليث بن سعد وأحمد ونقله الرويانى عن الثلاثة الباقين من الفقهاء السبعة أيضا وهم سليمان بن بشار وخارجة وعبيد الله بن عبد الله فان صح ذلك فالسبعة قائلون به وكذلك نقله العبدرى عن الفقهاء السبعة خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف مطلقا ولمحمد بن الحسن فى قوله يجوز إذا كان اللحم أكثر من اللحم الذى فى الحيوان فيكون

لم يقبل اقراره عليه بالنسب كما لا يقبل اقراره عليه بالمال ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر ولا فرق فى ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافرا أو مسلماً (الثانية) لو مات وخلف ابناً واحداً وأقر بأخ آخر يثبت نسبه ولو مات وخلف ابنين أو ابنتين أو بنات فلا بد من اتفاقهم جميعا وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة لانهما من الورثة وفيهما وجه لان الزوجية تنصرم بالموت ولان المقر به النسب ولا شركة لهما فى النسب ويجرى مثل هذا الخلاف فى المعتق ولو خلف بنتاً واحدة فان كانت حائزة بان كانت معتقه يثبت النسب باقرارها وان لم تكن حائزة ووافقها الامام فوجهان جاريان فيما إذا مات من لاوارث له فالحق الامام به مجهولا والخلاف مبني على أن الامام له حكم الوارث أم لا والذى أجاب به العراقيون انه يثبت النسب بموافقة الامام ثم هذا الكلام فيما [illegible] كر الامام ذلك لا على وجه الحكم أما اذا ذكر على وجه الحكم (فان قلنا) أنه يقضى لعلم نفسه ثبت النسب والا فلا (الثالثة) لافرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة الملحق به بغير واسطة أو بواسطة كما اذا أقر بعمومة مجهول وهو حائز لتركة أبيه الحائز لتركة جده الملحق به فان كان قد مات أبوه قبل جده والوارث ابن الابن فلا واسطة (الرابعة) البالغ من الوارثين لاينفرد بالاقرار ونقل الامام وجهاً أنه ينفرد ويحكم بثبوت النسب فى الحال وربما يوجه بأن أمر النسب خطر فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتنى به ولا يجازف فيه وعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي فاذا بلغ الصبي ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ فان مات قبل البلوغ نظر أن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب وان لم يجدد اقراره وان خلف ورثة سواه اعتبر موافقتهم واذا كان أحد الوارثين مجنوناً فهو كما لو كان أحدهم صبياً ولو خلف بالغين عاقلين وأقر أحدهما وأنكر الآخر ثم مات ولم يخلف

فاضل اللحم في مقابلة الجلد والعظم والى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مال المزني وأطلق جماعة من الاصحاب منهم القاضي أبو الطيب نسبة الخلاف اليه وكذلك الروياني في الحلية ونقله عن الماوردي وقال انه القياس والاختيار وفي اختياره مخالفة لما عليه الاصحاب والشافعي رضي عنه وقال ان الخبر محمول على التنزيه والارشاد وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية (فان قلت) اما أن يتمسكوا في ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب فان تمسكتم بحديث سمرة فقد روى عن سمرة فليس حجة عند الشافعي وان تمسكتم بالمرسل وكذلك الأثر عن أبي بكر (قلت) أما حديث سمرة في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض وهو حديث عبد الله بن عمرو مع مافيه من الكلام وكون جماعة رووه موقوفا فلذلك لم تقل به الشافعي وحمله ان صح على النسيئة من الجانبين جمعا بينه وبين حديث عبدالله بن عمرو واما النهي عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض بل له ما يعضده من المراسيل والآثار وقول أكثر أهل العلم وأما الاعتراض بان المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعي قوله في المختصر قال الشافعي رضي الله عنه في المختصر

الا أخاه المقر فاظهر الوجهين أنه يثبت النسب لأن جميع الميراث قد صار له وثانيهما المنع لان اقرار الفرع مسبوق بانكار الأصل ويجرى الخلاف فيما اذا أخلف المنكر وارثا فأقر ذلك الوارث والوجهان عند القاضي الحسين مبنيان على الوجهين في استلحاق من نفاه المورث ولو أقر أحد الاثنين وسكت الآخر ثم مات الساكت وابنه مقر ثبت النسب لامحالة لان اقراره غير مسبوق بتكذيب الاصل (الخامسة) لو أقر الوارث المستغرق بأخوة مجهول فأنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور وفيه وجه أن المقر يحتاج الى البينة على نسبه لاعترافه بنسب المجهول وانكاره اياه والمذهب الأول وفي ثبوت نسب المجهول وجهان (وجه المنع) أن المقر ليس بوارث بزعمه (والثاني) وهو الأصح انه يثبت لحكمنا بأنه وارث حائز ولو أقر باخوة مجهول ثم أنهما أقرا بنسب ثالث وأنكر الثالث نسب الثاني ففي سقوط نسب الثاني وجهان (أصحهما) السقوط لانه ثبت بنسب الثالث فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني ولو اقر باخوة مجهولين فصدق كل واحد منهما الآخر ثبت نسبهما وان كذب كل واحد منهما الآخر فوجهان (أصحهما) ثبوت النسب لوجود الاقرار ممن يحوز التركة فان صدق أحدهما وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب هذا اذا لم يكن المجهولان توأمين فان كانا توأمين فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر فاذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كلهما (السادسة) اذا أقر بنسب من يحجب المقر كما اذا مات عن أخ أو عم فاقر بابن للميت فاحد الوجهين انه لايثبت نسبه لانه لو ثبت لورث ولو ورث لحجب المقر واذا حجب خرج عن الاهلية

وكان

وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلا وآجلا يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه قال وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وارسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعي في المراسيل على الاطلاق واما مراسيل سعيد بن المسيب فالمنقول عن الشافعي انه كان في القديم يحتج بها فاما في الام فانه لم يقل بها ولكنه قال ما قال في المختصر في هذا الموضع وارسال ابن المسيب عندنا حسن ونقل بعض الناس عنه انه قال تتبعتها فوجدتها مسندة قال الخطيب البغدادي في الكفاية ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبري ان التابعين بأسرهم اجمعوا على قبول المرسل ولم يات عنهم انكاره ولا عن أحد من الائمة بعدهم الى رأس المائتين فانه تعرض بان الشافعي رضي الله عنه أول من أبي قبول المراسيل وقال أبو داود السجستاني قريبا من ذلك في رسالته التي كتبها الى أهل الامصار في سبب كتابة السنن وأما المراسيل فقد كان يحتج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثوري ومالك بن أنس والاوزاعي حتى جاء الشافعي فتكلم فيه وتابعه احمد بن حنبل وغيره فيحتاج الى أن يذكر تحرير مذهب الشافعي في ذلك فاعلم ان المشهور عن الشافعي رحمه الله عدم قبول المرسل وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الأثر على ما قاله الخطيب البغدادي بل كلهم ما يشير اليه كلام أبي عمر بن عبد البر في التمهيد وممن وافق الشافعي على ذلك أحمد بن حنبل في احد قوليه وابو زرعة الدارى وابو حاتم وابنه عبد الرحمن وممن قال به مع الشافعي يحيي بن سعيد القطان ووفاته مقدمة على وفاة الشافعي واما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد أشار الشافعي الى وجه الاحتجاج به بقوله في المختصر ولا نعلم أن أحدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف في ذلك ابا بكر قال الشيخ ابو حامد والظاهر اذا نحرت جزور وحضرها امام الوقت ان يكون هناك اناس كثيرون وقد قال هذا ولم ينكر عليه احد فقد اعتضد هذا المرسل

للاقرار واذا بطل الاقرار بطل النسب (وأصحهما) الثبوت لأن ثبوت النسب بمجرده لا يرفع الاقرار وانما يلزم ذلك من التوريث وسيأتي الكلام في التوريث في الفصل الثاني ثم التوريث قد ينتفي باسباب وموانع ولا يبعد أن يكون هذا منها *

﴿ الفصل الثاني في ثبوت الميراث ﴾

قال ﴿ والمقر يحتاج الى البينة * ولو أقر الأخ بابن لاخيه الميت فالظاهر أنه يثبت النسب دون الميراث اذ لو ثبت لحرم الأخ ولخرج عن أهلية الاقرار * وقيل انهما يثبتان * وقيل أنهما لا يثبتان ﴾ *

المقر به لا يخلو اما أن يكون ممن لا يحجب المقر عن الميراث أو ممن يحجبه أو يحجب بعض الورثة المقرين دون البعض (الحالة الأولى) إذا لم يحجب المقر فيشتركان في التركة على فرائض الله تعالى ولو أقر أحد الابنين المستغرقين بأخ وأنكر الآخر فظاهر المذهب وهو المنصوص أنه لا يرث لأن

بحديث اسند من وجه وقول أبي بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة وفتيا أكثر اهل العلم ممن بعدهم فان مالكا رحمه الله روى فى الموطأ عن ابى الزناد وقال كل من ادركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب فى عهود العمال فى زمان ابان بن عثمان وهشام بن اسمعيل ينهون عن ذلك وفى الموطأ عن سعيد بن المسيب قال كان ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين وقال الشافعي رضى الله عنه فى المختصر فى هذا الموضع وارسال ابن المسيب عندنا حسن وقال الامام الجليل عبد الرحمن بن أبي حاتم فى كتاب المراسيل فى قول الشافعى رضى الله عنه ليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يعتبر به وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعى فى المختصر على ذلك وأنه يعتبر بها ولا تكون حجة وقال الحافظ أبو بكر الخطيب فى كتاب الكفاية فى معرفة أصول الرواية ونقلته من خطه اختلاف الفقهاء من أصحاب الشافعى فى قوله هذا فمنهم من قال أراد الشافعى به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة وانما فعل ذلك لأن مراسيل سعيد تتبعت فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره ومنهم من قال لافرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين وانما رجح الشافعي والترجيح بالمرسل صحيح وان كان لايجوز أن يحتج به علي إثبات الحكم قال الخطيب وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لأن فى مراسيل سعيد مالم يوجد مسنداً بحال من وجه يصح (قلت) وهذا القول هو الصحيح كما قال الخطيب وانما يفعل الشافعى ذلك فى كتاب الرسالة وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف فمن شاهد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التابعين

الارث فرع النسب وانه غير ثابت كما سبق واذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع وعن صاحب التقريب حكاية وجه تخريج أن المقر له يرث ويشارك المقر بما في يده ورأيت ذلك لابن سريج وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ومالك وأحمد رحمهما الله ويتأيد بمسائل (منها) لو قال أحد الابنين فلانة بنت أبينا وأنكر الآخر حرم على المقر نكاحها مع أنه فرع النسب الذى لم يثبت ولو قال أحدهما لعبد فى التركة إنه ابن ابينا هل يحكم بعتقه فيه وجهان (ومنها) لو قال أحد شريكي العقار لثالث بعت منك نصيبي فأنكر لايثبت الشراء وفى ثبوت الشفعة للشريك خلاف (ومنها) لوقال لزيد على عمرو كذا وأنا به ضامن فانكر عمرو ففى مطالبة المقر بالضمان خلاف (والاصح) المطالبة (ومنها) إذا اعترف الزوج بالخلع وأنكرت المرأة ثبتت البينونة وان لم يثبت المال الذى هو الأصل (واذا قلنا) بظاهر المذهب وكذلك فى ظاهر الحكم (فأما) فى الباطن فهل على المقر إذا كان صادقا أن يشركه فيما فى يده فيه وجهان (أحدهما) لا كما فى الظاهر (والثاني) نعم قال ابن الصباغ وهو الصحيح لأنه عالم باستحقاقه محرم عليه منع حقه منه وعلي هذا فبكم يشركه فيه وجهان (أحدهما) بنصف مافى

فحدث حديثاً منقطعاً عن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر عليه بأمور أن يسنده غيره من الحفاظ المأمورين بمثل معنى ما روى أو موافقة مرسل غيره وهى أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابى أو اقوام من أهل العلم يفتون بمثل معني ما روى فاذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن يقبل مرسله ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل فاما من يعد من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا أعلم واحداً منهم يقبل مرسله واعلم أن فى قول الشافعى أحببت أن يقبل فيه إشكال لأنه لاتخيير في إثبات الأحكام بل اما أن يظهر موجبها فيجب أولا فيحرم فان كان المرسل إذا اقترن به شيء من ذلك حجة وجب العمل به وان لم يكن حجة حرم العمل به فيحتمل أن يكون مراده أنه لاتثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل أى لايكون مثل المتصل وان كانت الحجة به ثابتة وتظهر فائدة ذلك فيما إذا عارضه متصل فيقدم المتصل عليه ويحتمل أن يكون مراده أنه لايجب العمل به لمجرد اقترانه بمرسل آخر أو قول صحابى أو فتيا أكثر أهل العلم ولا يرد معها ويطالب دليل آخر مجرد كما لو لم يرد أصلا بل يجب النظر فى ذلك وفيما يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كالقياس وشبهه والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم • وقال الماوردى إنه حكي عن الشافعى أنه أخذ بمراسيل سعيد فى القديم وجعلها بانفرادها حجة لأنه لم يرسل حديثاً إلا وجد مسنداً ولا يروي أخبار الآحاد ولا يحدث الا بما سمعه من جماعة أوعضده قول الصحابة أو رواه منتشراً عند الكافة أو وافقه فعل أهل العصر كونه انما أخذ عن أكابر الصحابة ومراسيله سبرت

يده لان قضية ميراث البنتين التسوية فلا يسلم لأحدهما شيء والا ويسلم للآخر مثله والثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله (وأصحابنا) وبه قال مالك رحمه الله وأحمد بثلث مافى يده لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما فى يده ويد صاحبه فله الثلث من هذا وله الثلث من ذاك ويقال الوجهان مبنيان من القولين فيما إذا أقر أحد الابنين بدين على أبيه فانكر الآخر هل على المقر توفية جميع الدين مما فى يده أم لايلزمه إلا القسط (فان قلنا بالثانى) لم يلزمه إلا الثلث لجعلنا الحق الثابت بالاقرار شائعاً فى التركة ولكل واحد من الوجهين عبارة تجرى مجرى الضابط لاخوات هذه الصورة فالعبارة على وجه النصف اننا ننظر فى أصل المسألة على قول المنكر ونصرف اليه نصيبه منها ثم نقسم الباقي بين المقر والمقر به فان انكسر صححناه بالضرب فاصل المسألة فى الصورة التى نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع اليه واحداً منهما يبقى واحد لاينقسم على اثنين نضرب اثنين فى أصل المسألة يكون أربعة سهمان منها للمنكر ولكل واحد من الآخرين سهم وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر وأصلها على قول المقر ونضرب أحدهما

فكانت مأخوذة عن أبي هريرة ومذهب الشافعي في الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة (قلت) وهذه الامور التي ذكرها الماوردي رحمه الله من كون سعيد لايروى اخبار الآحاد ووجدت مراسيله كلها مسانيد فلا يحدث الا بما سمعه من جماعة أو معتضداً أو منتشراً أو موافقا فعل أهل العصر وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبي هريرة رضي الله عنه لا دليل على شيء من ذلك بل هي أمور ضعيفة لم يثبت شيء منها فلا يعرف بل قد روى سعيد في الصحيح عن أبيه المسيب فالصحيح ما قاله الخطيب كما تقدم وهو الذى نسبه الماوردي إلى الجديد ثم ذكر الماوردي أن المرجحات للمرسل التي إذا اعتضد به واحد منها صار هو مع (١) اعتضد به حجة على الجديد أحد سبعة أشياء قياس أو قول صحابي أو فعل صحابي أو قول للاكثرين أو ينتشر في الناس من غير دافع له أو يعمل به أهل العصر أولا توجد دلالة سواه (قلت) وقد تقدم في كلام الشافعي المنقول من الرسالة أربع مرجحات (منها) موافقة قول صحابي أو أقوام من أهل العلم وهما في كلام الماوردي (ومنها) اعتضاده بمسند أو مرسل آخر وليسا في كلام الماوردي فاذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة ثم في بعضها أو أكثرها مشاحة (منها) قول الماوردي إنه لايوجد دليل سواه كأن المرسل اذا لم يكن في نفسه دليلا ولم يوجد دليل سواه كان المسألة لادليل فيها اصلا ولا يجوز اثبات حكم بشيء لايعتقده دليلا لانا لم نجد غيره وان قيل إنه في هذه الحالة دليل وفي غيرها ليس بدليل فيقول انه في غير هذه الحالة إذا كان هناك دليل غيره فاما أن يكون موافقاً أو مخالفاً

(١) بياض بالأصل لحرر

في الآخر ونقسم الحاصل باعتباري مسألة الانكار فيدفع نصيب المنكر منه اليه باعتبار الاقرار و يدفع نصيب المقر منه اليه ويدفع الباقي إلى المقر به ومسألة الانكار فيما نحن فيه من اثنين ومسألة الاقرار من ثلاثة فنضرب أحدهما في الآخر يكون ستة ثلاثة منها للمنكر وسهمان للمقر وواحد للمقر له ولو كانت المسألة بحالها وأقر أحد الابنين بآخرين فعلى الوجه الأول المسألة على قول المنكر من اثنين يدفع نصيبه اليه يبقى واحد لاينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاثة منها للمنكر ولكل واحد من الباقين واحد وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين وعلي قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية اربعة منها للمنكر واثنان للمقر ولكل واحد من المقر بهما سهم وعن صاحب التقريب يصرف بالتوسط بين الوجهين وهو أن ينظر فيما حصل في يد المقر أحصل بقسمة اجبر المنكر عليها أم بقسمة هو مختار فيها أما علي تقدير الاجبار (فالجواب) ماذكرنا في الوجه الثاني وأما على تقدير الاختيار فينظر ان كان عالماً عند القسمة بان معهما ثالث مستحقاً (والجواب) ماذكرناه في الوجه الاول لانه متعد بتسليم نصف حقه الثابت اليه فيغرمه ماحصل في يد

ان كان موافقاً فالحكم ثابت بلا اشكال ولا غرض فى اسناده الى المرسل مع ذلك الدليل وحده أو اليه مع المرسل وان مخالفاً فاما أن يكون راجحا عليه أو مرجوحا فان كان راجحا قدم على المرسل مع القول بأنه حجة وان كان مرجوحاً لم يقدم عليه وحينئذ ينبغى لمن يعمل به عند عدم الدليل مطلقاً أن يعمل به ههنا لرجحانه وهو يصير الى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة ضعيفة في أن يدفع بأدنى معارض وان كان مرجوحاً لان ذلك بحث جدلى لا طائل تحته (وأما) اعتضاده بمسند فاذا كان المسند صحيحاً كان العمل به لا بالمرسل (وأما) اعتضاده بمرسل آخر فاذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقترانه بما ليس بحجة وكذلك قول الصحابى وفعله وقول الاكثرين والانتشار (وأما) القياس فان كان قياساً صحيحاً فهو حجة فى نفسه غير مفتقر الى المرسل ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد وان كان ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم ماليس بحجة وغاية مايتخيل أن الشافعى لم يلاحظ فى ذلك الا قوة الظن فان المرسل يثير ظنا ضعيفا وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير ظنا أصلا فاذا اقترن المرسل المثير للظن بامر مقوم للظن جاز أن ينتهى الى حد يتمسك به ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة شاملة بل هو موكول إلي نظر المجتهد وههنا تتفاوت رتب العلماء وتفارق المجتهدين من سواهم من الجامدين علي أمور كليـة يطردونها في كل ورد وصدر وانما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لبعدهم عن التكييف بفهم نفس الشريعة والتمييز بين مراتب الظنون وما يقتضى نفس الشارع فى اعتباره والغاية وهذه رتبة عزيزة سبق اليها المتقدمون ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الامور

صاحبه كما يغرم الحاصل فى يده فان لم يكن عالماً حينئذ ثم علم فوجهان يوجه أحدهما بانه لا تقصير منه (والثانى) بانه لافرق بين العلم والجهل فيما يرجع الي الغرم (الحالة الثانية) إذا كان المقر به ممن يحجب المقرين عن الميراث أو بعضهم كما لو كان للوارث فى الظاهر أخا أو ابن عم أو معتقاً فاقر بابن للميت فان لم تثبت نسبه فذاك وان أثبتناه فى الميراث وجهان (أظهرهما) المنع لانه لو ورث لحجب الاخ ولو حجبه لخرج عن أهلية الاقرار واذا بطل الاقرار فلا نسب ولا ميراث فاذا يلزم من توريثه منعه (والثانى) و به قال ابن سريج أنه يرث ويحجب المقر وهو اختيار صاحب التقريب وابن الصباغ وجماعة ومنعوا لزوم بطلان الاقرار من حرمانه وقالوا المعتبر كونه وارثاً لولا اقراره ذلك لا ينافى خروجه عن الوارثية بالاقرار كما ان المعتبر كونه حائزاً للتركة لو أقر الابن المستغرق فى الظاهر بأخوة غيره قبل وتشاركا فى الارث كذلك ههنا ولو خلف بنتاً هى معتقة فاقرت بأخ في ميراثه وجهان تفريعاً على الوجه الاول فى المسأله السابقة (أحدهما) يرث ويكون المال بينهما أثلاثا لان توريثها لا يحجبها (والثانى) لا لانه يحجبها عن عصوبة الولاء فصار كما لو خلف بنتا ومعتقا وأقر بابن للميت لا يثبت

بالموازنة بينه وبين الظن المستفاد من قياس صحيح واحد من أول درجات القياس أوخبر لذلك قياسا واه اعتبر وما نقص عنه الغي لم يكن مبعدا لـكنه ليس كمال المعنى المشار اليه بل هو غاية ما تحيط به العبارة لمن يبغى ضبط ذلك بقواعد كليـة ويؤتى الله تعالى وراء ذلك لبعض عباده من الفهم ما يقصر عنه الوهم ومن جد وجد ومن ذاق اعتقد (ومن لم يجعل الله له نوراً فماله من نور) واحتج الاصحاب من جهة القياس بانه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه فلم يجز كما لو بيع الشيرج بالسمسم وكان الشيرج المفرد أقل من الذى فى السمسم أومثله فان الحنفية سلموا امتناعه فى هذه الصورة وهذا الاحتجاج إنما يستمر فى بيع اللحم بحيوان من جنسه واذا فرعنا على أن اللحوم جنس واحد أما إذا فرعنا على الصحيح أنها أجناس وباعه بغير جنسه فلا يستمر هذا الاحتجاج واحتجوا أيضا بان اللحم جنس فيه الربا وهو على غير حالة كمال الادخار فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه أصله بيع الدقيق بالحنطة وليس الامتناع فيه لـكون الدقيق الذى يحصل من الحنطة مجهول القدر بدليل أن الحنطة بالحنطة واحدهما أجود وأكثر دقيقا من الأخرى جائز وان كان يؤدى فى الثانى الى عدم التساوى وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به فلا يكون حجة بمجرده وقد قال الرويانى ان الشافعى قال فى كتاب الرهن الصغير من الام وارسال ابن المسيب عندنا حجة وقد نظرت فى كتاب الرهون الصغير من الام فلم اجد ذلك صريحا لـكن فيه مايدل عليـه دلالة قوية ويمكن تأويله بتعسف على القول الاول فانه ذكر حديث سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لايغلق الرهن من صاحبه الذي له غنمه وعليه غرمه » ثم ذكر من اعترض عليه فقال كيف قبلتم عن

لحجبه المعتق ولو ادعي مجهول على أخى الميت أنه ابن الميت فانـكر الاخ ونكل عن اليمين فحلف المدعى اليمين المردودة ثبت نسبه ثم ان جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة ورث وحجب الاخ وان جعلناها كالاقرار ففيـه الخـلاف المذكور فيما إذا أقر به الاخ ولو مات عن بنت وأخت فاقرتا بابن للميت فنصيب الأخت على الوجه الأظهر يسلم لها لأنه لو ورث الابن لحجبها وعلي الثانى ياخذ مافى يدها كله وهذا الحـكم فيما إذا خلف زوجة وأخا فأقرا بابن يـكون للزوجة الربع على الوجه الأظهر وهذا الإبن لاينقض حكمها كما لا يسقط الاخ ولنعـد الى مايتعلق بلفظ الـكتاب (أما) قوله فلايقبل الامن وارث مستغرق لفظ مستغرق معلم ـ بالحاء والميم ـ وكذلك قوله ثبت نسبه وميراثه لأن عند أبي حنيفة فى روايته المشهورة لايشترط اقرار جميع الورثة وإنما المعتبر عدد الشهادة فاذا لم يكن الا ابن واحد لم يثبت النسب باقراره فاذا خلف أبناء فأقر اثنان منهم كفى وبه قال مالك (وقوله) اعتبر موافقتهما معلم ـ بالواو ـ وكذلك قوله موافقة المولى المعتق (وقوله) ولأن الامام ليس بوارث انما هو

ابن المسيب منقطعا ولم تقبلوه عن غيره فاجاب فقال قلنا لايحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعا إلا وجدنا مايدل على تشديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه ورأينا غيره يسمي المجهول و يسمى من يرغب عن الرواية عنه و يرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر الذى لايوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق احاديثهم ولم نحاب احدا ولكنا قلنا فى ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته ثم ذكر الشافعى رواية من جهة يحيى بن أبى انيسة الى سعيد عن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك ثم قال الشافعى بعد ذلك فالسنة ثابتة عندنا والله أعلم * بما قلنا وليس مع السنة حجة ولا فيها الا اتباعا مع انها أصح الاقاويل مبتدا ومخرجا فهذا ما رأيته فى كتاب الرهن الصغير وهو قوى الدلالة على ان الحجة قائمة بذلك وتأويله ممكن على بعد وليس كما يتوهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدها مسندة فيكون الاحتجاج بالمسند فان ذلك توهم ان الاسناد حاصل عنده فى هذا المرسل بعينه وليس كذلك بل لما كان حال صاحبها أنه لايروى الا مسنداً عن ثقة حمل هذا المرسل على ماعرف من عادته فيحتج به لذلك واشار ابن الرفعة إلى ان الرهن الصغير من القديم وان كان من كتب الأم وتعلق فى ذلك بان الماوردى وغيره قالوا عند الكلام فى آجال الراهن وعتقه انه من القديم قال وكذلك نسب الماوردى هنا قبول رواية ابن المسيب إلى القديم * قال المزنى اذا لم يثبت الحديث عن رسول الله صلي الله عليه وسلم فالقياس عندى أنه جائز وذلك أنه اذا كان فصيلا بجزور قائمين جاز ولا يجوز مذبوحين لأنهما طعامان لا يحلان الا مثلا بمثل وهذا لحم وهذا حيوان

نائب أى نائب المسلمين فى أخذ حقهم وحفظه وهو اشارة الى ماسبق أن الامام هل له حكم الوارث أم لا (وقوله) ولا الميراث عند قوله لم يثبت النسب ولا الميراث على القول المنصوص إلى الميراث معلم بالالف وحده وأما أن النسب لايثبت فلا خلاف فيه (واعلم) أن حاصل الخلاف فى المسألة طريقان جمعهما صاحب التقريب (أحدهما) أن الارث يثبت باطناً و فى الظاهر خلاف (والثانى) أنه لا يثبت ظاهراً إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذى عزاه بعضهم الى ابن سريج على مابينه فى الوسيط وانما خرج ابن سريج ذلك فى الارث الظاهر واذا كان جازما بثبوته باطناً فيكون قوله بعد ذلك وقيل يثبت باطناً وفى الظاهر خلاف غير ماذكره مرة فلا ينبغى أن يقول وقيل لايثبت ظاهراً وفى الباطن خلاف إن اراد الطريقة الاخرى والأوجه الثلاثة التي ذكرناها فى الميراث إذا أقر لشخص وأنكر المقر له نسب المقر حاصلة من الخلاف الذى أسلفناه فى أن نسب المقر هل يتأثر بانكار المقر له وان لم يتأثر فهل يثبت نسب المجهول (فقوله) لايشارك مبني على أن نسب المقر بحاله و نسب المقر له يثبت

فهما مختلفان فلا بأس به فى القياس ان كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف الا أن يكون الحديث ثابتا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنأخذ به وندع القياس * وقد مال المزنى فى هذا الكلام الى الجواز بشرطين أحدهما أن لايكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني أن يكون فيه قول متقدم يعني مخالف لأبى بكر وقد احتج المجوزون أيضاً بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف فينبغى أن تكون مسألتنا وليس فى الحيوان ربا أجوز و يقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب و بالجلد وبانه لاعتبار باللحم الذى فى الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيوان ولو اعتبر لما جاز ولـكان يجوز بيعه بالدراهم أيضاً لأنه غير مذكى فيكون فى معني الميتة فلما أجمعوا على جواز بيعـه دل على عدم اعتباره * وقول المزنى بمن يكون لقـوله اختلاف قال ابن داود يكون معناه ممن يعد خلافه خلافا حتى يثبت الاختلاف بقوله والجواب عن الأول أن الحديث قد ثبت اعتماداً على تصحيح الحا كم والبيهقى وعن القياس على الثوب أن الثوب والجلد كل منهماليس بر بوى ولافيه ربوى والحيوان فيه ربوى وهو الملح والجلد فيشبه قشر الفستق يجوز بيعه بلب الفستق ولايجوز بيع الفستق فى قشره بلبه وعن قولهم ان اللحم فى الحيوان لايعتبر ان ذلك اذا بيع بغير اللحم أما إذا بيع باللحم فانه يعتبر كالسمسم بالشيرج وذكر الاصحاب أسئلة يمكن أن نوردها من جهة الخصم وأجوبتها (منها) حمل النهى على الـكراهة وأجاب عنه بأن أبا حنيفة رضى الله عنه لايقول بالـكراهه على أن النهى المطلق للتحريم (ومنها) لعل المراد بالحيوان الذى ذبح ولم يسلخ جلده وحينئذ لايجوز بيعه باللحم وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لاينطلق عليه اسم الحيوان (ومنها) على أثر أبى بكر رضى الله عنه حمل العناق

(وقوله) وقيل انهما يشتركان ولا يبالى بتكذيبه مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بانكار المجهول (وأما) الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الاخ بابن لاخيه الميت فلا يخفى عليك خروجها مما مر إذا جمع بين النسب والميراث وقد وقع فى شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة اليه فلا يبالى به *

﴿ فرع ﴾ إقرار الورثة بزوج أو زوجة للميت مقبول وعلى القديم قول أنه لايقبل فلو أقر أحد الابنين المستغرقين وأنكر الآخر فالتوريث على ماذكرنا فيما اذا أقر أحدهما بأخ وأنكر الآخر *

﴿ فرع ﴾ لو أقر انسان وقال فلان أخى ثم فسر بالاخوة من الرضاع حكي القاضى الرويانى عن أبيه أن الاشبه بالمذهب أن لا يقبل لأنه خلاف الظاهر ولهذا لو فسر باخوة الاسلام لايقبل *

﴿ فرع ﴾ فى فتاوى القفال أنه إذا أقر على أبيه بالولاء فقال هو معتق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقا كما فى النسب والله تعالى أعلم بالصواب *

على المذبوحة وقد تقدم جوابه (ومنها) حمله على أن الجزور كانت للمساكين فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها وأجابوا عنه بأنه خلاف الظاهر من قول ابن عباس فانه يقتضى تعليق الحكم على ذلك الوصف المذكور وعن قول أبى بكر هذا لايصاح ولم يقل لا يجوز بيع هذا اللحم ولو كانت من ابل الصدقة لم يخف أمرها على الناس وأنه لايجوز بيعها وقد اعترض القاضى حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة وعندنا هل المرسل حجة فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به ﴿ تنبيه ﴾ قول المصنف بلحم ظاهره ليس بمراد وانما المراد بلحم مثله فالمماثلة اما أن تكون مطلقاً فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه واما أن يكون المراد المماثلة فى الوصف الذى ذكره وهو كونه يؤكل فيكون المراد بلحم حيوان مأكول وهذا هو الظاهر من مراد المصنف فانه لم يذكره بعد ذلك الا بيعه بغير المأكول وحينئذ يندرج فى قول المصنف صورتان (احداهما) بيعه بحيوان يؤكل من جنسه وهو ممتنع بلا خلاف عندنا كلحم الجزور بجزور ولحم شاة بشاة وما أشبه ذلك (الصورة الثانية) بيعه بجنس آخر من الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة (ان قلنا) اللحمان صنف واحد لم يجز قولاً واحداً (وان قلنا) أصناف فطريقان (احداهما) لايجوز قولاً واحداً والى ذلك ذهب صاحب الافصاح فيما حكاه الرويانى وهى

كتاب العارية

قال ﴿ والنظر فى أركانها وأحكامها * أما الأركان فأربعة (الأول المعير) ولا يعتبر فيه الا كونه مالكا للمنفعة غير محجور عليه فى التبرع * فيصح من المستأجر ولا يصح من المستعير على الأظهر لأنه مستبيح بالاذن كالضيف * نعم له أن يستوفى المنفعة بالوكيل يوكله لنفسه (الثانى المستعير) ولا يعتبر فيه الا كونه أهلا للتبرع ﴾ *

قال في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وقال غيره منسوبة إلى العارة وهى مصدر يقال أعار يعير إعارة كما يقال أجاب يجيب إجابة وجابة وأطاق إطاقة وطاقة وقيل هى من عار يعير أى جاء وذهب فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد وقيل إنه من التعاور والاعتوار هو أن يتداول القوم الشيء بينهم وذكر الخطابى فى الغريب أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف والأصل فيها قوله تعالى (و يمنعون الماعون) فسره بعضهم بما يستعيره بعض الجيران من بعض كالدلو والفأس والقدر وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال «العارية مضمونة والزعيم غارم»(١)

كتاب العارية

(١) ﴿ حديث ﴾ العارية مضمونة والزعيم غارم: تقدم فى الضمان من حديث أبى امامة لكن بلفظ العارية مؤداة وأما بلفظ مضمونة فهو فى الحديث الآتى *

الصواب لما سنذكره (والثانية) فيها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني والرافعي (أصحهما) لا يجوز لعموم السنة (والثاني) يجوز لعدم الربا فيه وقاسه الرافعي على بيع اللحم باللحم وذكر أن ذلك مذهب مالك وأحمد قال الروياني في البحر وهو الصحيح وليس كما قال ﴿ تنبيه ﴾ قال صاحب الذخائر ان هذا التفصيل لا يصح لأنه لا خلاف أن الحيوان أجناس وانما الخلاف فيه اذا صار لحماً لشمول اسم اللحم للجميع واذا كان لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال الجميع جنس واحد فيكون على قولين من غير تفصيل * والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال فيما علق عنه سليم وينبغي أن يكون غير جائز لأن الاجماع الذي ذكرنا هو في هذا يعني أثر أبي بكر رضى الله عنه وسكوت الباقين والله أعلم بالصواب * وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد متعين وهو الذي جزم به في التهذيب وهو نص الشافعي صريحاً في الأم قال ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان من صنفه أو من غير

وروى أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم «استعار درعاً من صفوان فقال اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة»(١) قال صاحب الكتاب ولها أركان وأحكام أما الأركان (فاحدها) المعير والمعتبر فيه ملكه المنفعة وأن لا يكون محجوراً عليه في التبرعات وانما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين لأن الاعارة ترد على المنفعة دون العين وانما اعتبر عدم الحجر في التبرعات لأن الاعارة تبرع ويتعلق بقيد المالكية صورتان (احداها) أن المستأجر يجوز له أن يعير لأنه مالك المنفعة ألا ترى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بعقد الاجارة وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكني الدار له أن يعيرهما (والثانية) أن المستعير هل يعير فيه وجهان (أحدهما) نعم كالمستأجر فان للمستأجر أن يؤجر فكذلك المستعير

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان أدرعاً يوم حنين فقال أغصبا يا محمد فقال بل عارية مضمونة: أبو داود من حديث صفوان وقال لا بل عارية مضمونة وأخرجه أحمد والنسائي والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ولفظه بل عارية مؤداة وزاد أحمد والنسائي فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له فقال أنا اليوم يا رسول الله في الاسلام أرغب وفي رواية لابي داود أن الادراع كانت ما بين الثلاثين إلى الاربعين وزاد فيه معنى ما تقدم ورواه البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أمية بن صفوان مرسلا وبين أن الادراع كانت ثمانين ورواه الحاكم من حديث جابر وذكر أنها مائة درع وما يصلحها أخرجه في أول المناقب واعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث زاد ابن حزم أن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية يعني الذي رواه أبو داود في الباب عن ابن عمر أخرجه البزار بلفظ العارية مؤداة وفيه العمري وهو ضعيف وعن أنس أخرجه الطبراني في الاوسط بلفظ ان بعض أهل النبي صلى الله عليه وسلم استعار قصعة فضيعها فضمنها له النبي صلى الله عليه وسلم تفرد به سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف *

صنفه ولا ينبغى التردد فى ذلك على أصل الشافعى فيه فان المرسل على أصل الشافعى لا يعمل به وحده وانما عمل به لاعتضاده بأثر أبي بكر رضى الله عنه وانما اعتضد به فى بيع اللحم فى المأكول من غير جنسه لكنا نعديه إلى منعه بالحيوان من جنسه بطريق الأولى فلا يحسن أن يخرج مورد الأثر الذى يقويه الاعتضاد ٭

(١) بياض بالأصل فحرر

﴿ فرع ﴾ بيع اللحم بالسمك الحى فيه وجهان فى الحاوى وغيره (أحدهما) لا يجوز لأنه بيع اللحم بالحيوان (قال) وهو قول ابن أبي هريرة (والثانى) يجوز لأن حي السمك فى حكم ميته (قلت) فاذا كان فى حكم ميته فينبغى أن يكون فى حكم بيع اللحم باللحم (ان قلنا) انه من جنسه لم يجز والا جاز والروياني جعل الوجهين تفريعاً على قوله السمك ليس من جنس اللحم (فان قلنا) من جنسه[1] (والثانى) أنه يجوز لعدم الربا وقال الماوردى فى جواز بيع الحيوان بالسمك وجهين من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا ٭

(٢) كذا بالاصل فحرر

﴿ فرع ﴾ بيع الحيوان بالسمك يجوز لأنه لا يسمى لحماً على الاطلاق قال الماوردى فيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا قال الروياني اختيار الماسرخسى (ان قلنا) السمك[2] وقال القاضى أبو الطيب ان قلنا من جنس سائر اللحوم لم يجز (وان قلنا) جنس آخر فقولان (قلت)

له أن يعير ويحكي هذا عن أبي حنيفة (وأصحها) المنع لأنه غير مالك للمنفعة ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر وانما أبيح له الانتفاع والمستبيح لا يملك نقل الملك بالاباحة الى غيره والضيف الذي أبيح له الطعام ليس له أن يبيح لغيره نعم المستعير أن يستوفى المنفعة بنفسه وبوكيله (الركن الثانى) فى المستعير قال فى الكتاب ولا يعتبر فيه الا كونه أهلا للتبرع أي يتبرع عليه وكأنه أراد التبرع بعقد يشتمل على الايجاب والقبول اما بقول أو فعل والا فالصبى والبهيمة لهما أهلية التبرع والاحسان اليهما ولكن لا يوهب منهما ولا يعار ٭

قال ﴿ الثالث المستعار وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه ٭ وفى اعارة الدنانير والدراهم لمنفعة التزيين خلاف لأنها منفعة ضعيفة ٭ فاذا جرت فهى مضمونة لأنها عارية فاسدة ٭ وأن يكون الانتفاع مباحاً فلا تستعار الجوارى للاستمتاع ٭ ويكره الاستخدام الا لمحرم ٭ وكذا يكره استعارة أحد الابوين للخدمة ٭ واعارة العبد المسلم من الكافر ٭ ويحرم اعارة الصيد من المحرم ﴾٭

(الركن الثالث) المستعار وله شرطان (أحدهما) أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه كالعبيد والدواب والدور والثياب أما الاطعمة فلا يجوز اعارتها لان منفعتها فى استهلاكها وفى اعارة الدراهم والدنانير وجهان (أحدهما) الجواز لانها تصلح للتزين بها وللضرب على طبعها (وأصحها) المنع لان

ومرادهما بذلك والله أعلم السمك الميت فلو باع حيوانا بسمك حي فينبغى أن يبني على الوجهين السابقين ان راعينا أن حي السمك في حكم ميته فيكون كما لو باع حيوانا بلحم سمك فيجرى فيه الخلاف الذى حكاه أبو الطيب والماوردى وان جعلنا السمك الحى كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان وهو جائز وصورها الرافعى والقاضى حسين فى لحم السمك بالشاة وهو ابين فانه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة وان كانت ميتة والأقرب اطلاقه عليه كالحيوان المذبوح وقال ان الأصح البطلان قال القاضي حسين فى ذلك (ان قلنا) إن السمك يسمى لحماً فان راعينا الخبر لم يجز وان راعينا المعني يخرج على الوجهين يعنى فى اختلاف الجنس (وان قلنا) السمك لايسمى لحماً جاز سواء راعينا الخبر أو المعنى وهذا ترتيب حسن أعنى ما سلكه القاضي حسين وحينئذ فان القول بالجواز قول ابن أبى هريرة قال لأنه لايطلق عليه لحم أى لايدخل السمك فى اسم اللحم على ما تقدم والمراد بذلك والله أعلم ما قال أبو الطيب وقال ابن الصباغ ان باع لحما بسمكة حية أولحم السمك بحيوان حي (فان قلنا) انه من جملة اللحوم كان كلحم غنم ببقر والا فقولان لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه *

هذه منفعة ضعيفة قلما تقصد ومعظم منفعتها فى الانفاق والاخراج قال الامام وما ذكرناه فى الدراهم يجرى فى استعارة الحنطة والشعير وما فى معناها ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ما اذا صرح بالاعارة للتزين أم اذا أطلق فالجواب ان الاسبق الى الفهم من كلامهم فى مسألة الدراهم ان الخلاف فى حالة الاطلاق فاما اذا صرح بغرض التزين فقد اتخذ هذه المنفعة مقصداً وان ضعفت فينبغى أن يصح و بصحته أجاب فى التتمة وعلى هذا قوله فى الكتاب لمنفعة التزيين ليس هو من كلام المعير وانما هو اشارة الى صورة الجواز لكن هذا يتفرع على تصحيح الاعارة مطلقاً أما اذا شرطنا تعيين جهة الانتفاع فلابد من التعرض للتزين أو غيره وسيأتي الخلاف فيه وحيث قلنا انه لايصح اعارتها فان جرت فهى مضمونة لان العارية الصحيحة مضمونة وللفاسدة حكم الصحيحة فى الضمان وفيه وجه أنها غير مضمونة لان العارية صحت أو فسدت تعتمد منفعة معتبرة فاذا لم توجد فما جرى بينهما ليس بعارية لا أنه عارية فاسدة ومن قبض مال الغير باذنه لا لمنفعته كان أمانة فى يده (الشرط الثانى) أن تكون المنفعة مباحة فلا يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع وأما للخدمة فيجوز ان كانت الاعارة من محرم أو امرأة والا فلا يجوز لخوف الفتنة الا اذا كانت صغيرة لاتشتهى أو قبيحة ففيها وجهان (وقوله) فى الكتاب ويكره الاستخدام الا لمحرم لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة وللتنزيه أخرى وأراد ههنا التحريم على ماصرح به فى الوسيط وهو جواب على نفى الفرق بين الصغيرة والكبيرة ثم انه حكم فى الوسيط بالصحة وان كانت الاعارة محظورة فيشبه أن يقال بالفساد

﴿ فرع﴾ بيع اللحم بالعظم جائز قاله الماوردى وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردى وأيضاً قال في اللباب وأورد الماوردى على نفسه بأن اللبن يسمى لحماً روى أن نبياً شكى إلى الله تعالى الضعف فاوحي اليه أن كل اللحم باللحم يعني اللحم باللبن وقال الشاعر

يطعمها اللحم إذا عز الشجر * والخيل في إطعامها اللحم ضرر

يعنى أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعي وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحماً استعارة ومجاز لاحقيقة ألا ترى أنه يجوز بيع اللحم باللبن متفاضلا ولا يحنث باللبن اذا حلف على اللحم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وفي بيع اللحم بحيوان لايؤكل قولان (أحدهما) لايجوز للخبر (والثانى) يجوز لانه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ القولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والرافعى والقفال والفرنى رصرح المحاملى انه منصوص عليهما وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجى أن قول المنع منصوص عليه فى الصرف قال المحاملى فى المجموع القياس الجواز وقال القفال فى شرح التلخيص ان قول الجواز قاله الربيع وان قول المنع هو الصحيح وكذلك قال البغوى فى التهذيب ان الاصح

فالاجارة للمنفعة المحرمة ويشعر بهما ما أطلقه المعظم من نفى الجواب ويكره استعارة أحد الابوين للخدمة لان استخدامهما مكروه ولفظ الامام فى المسألة نفى الحل ويكره اعارة العبد المسلم من الكافر وهى كراهة تنزيه ولا يجوز للحلال اعارة الصيد من المحرم لانه يحرم عليه امساكه فلو فعل وتلف فى يد المحرم ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة للحلال وان أعار محرم من حلال (فان قلنا) ان المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لانه أعار ماليس ملكا له وعلى المحرم الجزاء لو تلف فى يد الحلال لانه متعد بالاعارة وكان من حقه الارسال (وان قلنا) لاتزول صحت الاعارة وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده *

﴿ فرع ﴾ دفع شاة الى رجل وقال ملكتك درها ونسلها فهي هبة فاسدة وما حصل في يده من الدر والنسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة ولو قال ابحت لك درها ونسلها فهو كما لو قال ملكتك على أحد الوجهين (والثانى) أنها اباحة صحيحة والشاة عارية صحيحة وهذا ما أورده صاحب التتمة وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة بخلاف الاجارة ولو قال ملكت لك درها وأبحته لك على أن تعلفها قال فى التهذيب العلف اجرة وثمن الدر والنسل والشاة غير مضمونة لانها مقبوضة باجارة فاسدة

المنصوص فى أكثر الكتب لايجوز الخبر لظاهر (قلت)قوله إنه المنصوص فى أكثر الكتب يعني كتب الشافعى وقد رأيت ذلك منصوصا فى الام[1] من بيع الآجال قال الشافعى رحمه الله سواء كان يؤكل لحمه أولا يؤكل وقال الرافعى أصحهما عند القفال المنع لظاهر الخبر وقال فى الشرح الصغير رجح منهما المنع إشارة إلى ترجيح القفال وهو الذى جزم به الصيمري فى شرح الكفاية والقول الثانى مذهب مالك وأحمد وقال ابن أبي عصرون فى الانتصار والجرجانى فى الشافى انه أصح القولين أعنى الصحة وجزم به فى غيره من كتبه قال الشافعى رضى الله عنه فى البويطى في باب حبل الحبلة ولا بأس من أن يباع مالا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع ثم قال فيه أيضاً وقد قيل ولا يباع لحم بحيوان مما يؤكل ومما لا يؤكل دليل ترجيحه و بين القولين ماذكره المصنف والظاهران مراده به الخبر الذى قدمته وفى الاستدلال به لذلك نظر لأن المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبي بكر وتقدم أن الشافعى لايحتج بالمرسل وانما احتج بذلك لاعتضاده بالأثر والذى عضده الأثر فيه انما هو فى بيع العناق بلحم الجزور وهما مما يؤكل لحمهما فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها ولا بعد فى أن يتمسك بدليل فى بعض مدلوله تعاضد مثل ذلك فى حديث عروة البارقى وشرائه الشاتين بدينار و بيعه إحداهما بدينار وعمل به فى الحكم الموافق للقياس دون المخالف له لما كان مرسلا كما بين ذلك فى

(١) بياض بالاصل فحرر

والدر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد وكذلك لو دفع قراضة الى سقاء وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده وانكسر ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد ولم يضمن الكوز لأنه فى يده باجارة فاسدة فان أخذه مجانا فالكوز عارية والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة (الثانى) قال فى التتمة تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال أعرنى دابتك فقال المالك ادخل الاسطبل وخذ ماأردت صحت العارية بخلاف الاجارة تصان عن مثلها لأن الغرر لايحتمل فى المعاوضة *

قال ﴿ الرابع صيغة الاعارة و هوكل لفظ يدل على الاذن فى الانتفاع * و يكفي القبول بالفعل * و لو قال أعرتك حمارى لتعير لى فرسك فهو اجارة فاسدة غير صحيحة ولا مضمونة * ولو قال اغسل هذا الثوب فهو استعارة لبدنه * وان كان الغاسل ممن يعمل بالاجرة اعتياداً استحق الاجرة ﴾ *

فى الباب مايدل على الاذن فى الانتفاع لقوله أعرتك أوخذه لتنتفع به وما أشبه ثم ظاهر لفظ الكتاب انه يعتبر اللفظ من جهة المعير وانه لايعتبر من جهة المستعير وانما يعتبر منه القبول اما باللفظ واما بالفعل كما فى الضيف وقد صرح بهذا فى الوسيط وقال صاحب التهذيب وغيره المعتبر فى الاعارة اللفظ من احد الطرفين والفعل من الآخر حتى لوقال المستعير أعرنى فسلمه المالك اليه صحت الاعارة وكان كما لو قال خذه لتنتفع به فأخذه تشبيهاً للاعارة باباحة الطعام وذكر ابو سعيد المتولى ان اللفظ

موضعه الا أنا نقول ان الاعتضاد وان امتنع بالأثر فهو حاصل بأمور أخرى (منها) قول أكثر أهل العلم وانتشاره فى الناس من غير دافع والقياس الذى تقدم فى كلام الأصحاب فلهذا يصح التمسك بالخبر علي ما تمهد أولا وان ورد عليه ما ذكرته هناك فهو وارد على الاعتضاد بالأكثر ولا يمكن التمسك فى ذلك بحديث سمرة ولو ثبت اتصاله وصحته لأنه إنما ورد فى بيع الشاة باللحم والشاة مأكولة فليس فى لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول وقد يقال ان أثر أبي بكر عضده فى منع بيعه بالمأكول وإن كان من غير جنسه والمعني الذى قد يتخيل فى ذلك من جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معني آخر يعلل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى وقال الشيخ أبو حامد يكون المعني فى ذلك أنه حي بميت وعلى هذا المعنى أيضاً يتعدى إلى غير المأكول لكن لايظهر لهذا الوصف معني مخيل وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجي ان الأقيس الجواز و بالمنع جزم ابن سراقة فى العلتين و بما يتبع حمله وقال الماوردى إن القول الأول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة (والثانى) قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس (واعلم) أن تقدير هذا الاصل الذى أشار اليه الماوردى من المهمات فعليه تبتنى هذه المسألة وغيرها و بنى القاضى حسين على هذا الأصل الذى ذكره الماوردى الخلاف فى بيع الشاة بلحم البقر اذا قلنا انها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردى فيه طريقين لأصحابنا ولا ينبغى أن يفهم من قولنا الأصل فيها اتباع القياس أن لادليل في المسألة غير القياس بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعني والخبر

لايعتبر فى أحد من الطرفين حتى لو رآه عاريا فاعطاه قميصا فلبسه تمت العارية وكذلك لو فرش لضيفه فراشا أو بساطا او مصلى او القى له وسادة فجلس عليها كان ذلك اعارة بخلاف مالو دخل مجلسا على البسط المفروشة لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص معين ولابد فى العارية من تعين الشخص المستعير وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبه بالضيافة و يوافقه ما ذكره عن الشيخ ابي عاصم انه اذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة اليه حيث جرت العادة باستعمالها كل الطعام من القصعة فيها كان عارية لانه منتفع بملك الغير باذنه والاشهر الراوية الوسطى ولو أعلم قوله فى الكتاب وصيغة الاعارة - بالواو - لما ذكره فى التتمة لكان صحيحا ثم فى الفصل مسألتان (الأولى) اذا قال أعرتك حمارى لتعيرنى فرسك فهو اجارة فاسدة على كل واحد منهما أجرة مثل دابة الآخر وكذلك الحكم اذا اعاره شيئاً بعوض مجهول كما لو أعار دابته ليعلفها أو داره ليطين سطحها وكذلك لو كان العوض معلوما ولكن مدة الاعارة مجهولة كما لو قال أعرتك بعشر دراهم أو لتعيرنى ثوبك شهرا وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظرا الى اللفظ فعلى هذا تكون مضمونة عليه وعلى الاول لا ضمان ولو بين مدة الاعارة وذكر عوضا معلوما فقال اعرتك هذه الدار شهرا و اليوم بعشرة دراهم لتعيرنى ثوبك شهرا من اليوم فهى اجارة

فيه على وفق القياس أو هو تعبد يستند فيه الى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معني ومن فروع ذلك أنا إن جعلناه تعبداً امتنع قياس غيره عليه والا جاز ولا بدهنا من ملاحظة أصل آخر وهو أن النص العام إذا استنبط منه معني يخصصه هل يجوز فان الخبر عام فى المأكول وغيره والمعني المستنبط وهو ملاحظة الربا يقتضي تخصيصه بالمأكول وقد اشتهر فى ذلك خلاف فى المذهب وله نظائر (منها) لمس ذوات المحارم داخل فى عموم الآية والمعنى يقتضى إخراجه وسأذكر ذلك فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ لايباع مالا يؤكل لحمه بالشاة المذبوحة والطير المذبوح لأنه في حكم الغائب نص عليه فى البويطى ولا اختصاص له بذلك صرح الأصحاب بأنه لايجوز بيع اللحم فى الجلد مطلقاً قبل السلخ ولا الجلد أيضاً ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضى حسين فى باب بيع الثمار الصحيح أنه لايجوز قال و بيع الأكارع يجوز لأن المقاطع معلومة و بيع رأسها ان كان متدلياً بجلدة رقيقة جاز وان كان هناك لحم كثير لم يجز لان المقاطع غير معلومة *

﴿ فرع ﴾ بيع السمك الحى بالسمك الحى هل يجوز أم لا (ان قلنا) يحل ابتلاع السمك حياً فى حال صغره فلا يجوز (وان قلنا) لايحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم قاله يعقوب بن عبد الرحمن ابن أبي عصرون فى مجموعه *

﴿ فرع ﴾ على القول الأول لايجوز بيع لحم ببغل والا بحمار ولا بعبد لافرق في ذلك بين العبد والبهيمة قاله أبو حامد وأبو الطيب والصيمرى وغيرهم *

صحيحة مضمونة أو اعارة فاسدة فيه وجهان مبنيان على ان النظر الى اللفظ اوالمعنى ولو دفع دراهم الى رجل وقال اجلس فى هذا الحانوت واتجر عليها بنفسك أو دفع اليه بذرا وقال ازرع به هذه الارض فهو معير الحانوت والارض واما الدراهم والبذر فتكون هبة او قرضا فيه وجهان (الثانيـة) لو قال لقصار اغسل هذا الثوب أو لخياط خطه مجاناً ففعل فلا أجرة له ولو قال اغسله أو خيطه وأنا أعطيك حقك أو أجرتك ستحق أجرة المثل وهذا اجارة فاسدة ولو اقتصر على قوله اغسله أو خيطه ففيه أوجه نذكرها فى الاجارة فان ذلك الموضع أحق بذكرها وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة هناك وذكر بعض تلك الأوجه واعرف فى هذا المقام سببين (أحدهما) أن قوله فهو استعارة أراد به استعارة بدنه لذلك العمل ولا يعد فى إطلاق الاستعارة والاعارة فى منافع الحر كالاجارة (والثانى) أن حاصل جوابه فى المسألة انه إن كان ممن يعتاد ذلك بالاجرة استحق الاجرة والا فلا وهذا أحد الوجوه المشار اليها لكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتى *

فرع

(فرع) لو باع شحم الغنم بحوت حي لم يجز قاله الصيمري وهو يوافق ماتقدم أن بيع اللحم بالحوت الحي لايجوز وعند ابن أبي هريرة أن الشحم كاللحم على الأصح *

(فرع) فى بيع الشحم والالية والطحال والقلب والكبد والرئة بالحيوان و بيع السنام بالابل وجهان حكاهما الماوردي والرافعى (أحدهما) يجوز لان النهى فى بيع اللحم بالحيوان (وأصحهما) عند الرافعي المنع لانه فى معناه هكذا قال الرافعى وجزم صاحب التهذيب بالمنع فى السنام والألية ولم يذكرغيرها قال الماوردى وهما مخرجان من القولين فى أن أصل المسألة اتباع السنة أوالقياس ففى الاول يجوز وعلى الثاني لايجوز لان الشحم وجميع هذه الأشياء في الحيوان وعلى هذا الأصل الذى قاله الماوردى ينبغي أن يكون الصحيح جواز بيع هذه الأشياء بالحيوان لان الصحيح فى المسألة اتباع السنة فلذلك كان الأصح منع بيع اللحم بالحيوان غير المأكول فالجمع بين تصحيح المنع فى غير المأكول والمنع فى هذه الاشياء متضاد (قلت) تصحيح امتناع بيع اللحم بغير المأكول لايدل على كون الصحيح من المدركين التعبد بل نقول ان الحكم معقول المعني ولكن فرق بين الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص و بين إخراج بعض المنصوص عليه فان الأول قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لاغير (وأما الثانى) فهو تخصيص العموم بالقياس وقد تجد معني مخيلا يمكن إحالة الحكم عليه والقياس به لاينهض فى القوة إلى حيث يخص به العموم فان دلالة العموم على أفراده

قال (أما أحكامها فاربعة (الاول الضمان) والعارية مضمونة الرد والعين بقيمتها (ح) يوم التلف * وقيل باقصى القيم من يوم القبض الى يوم التلف كالغصب * وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون * والمستعير من المستأجر هل يضمن فيه خلاف * والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان اذا تلف تحت يده * ولو طولب بأجرة المنفعة فما تلف تحت يده فلا خلاف فى قرار ضمانه على المعير * وما تلف باستيفائه فقولان لانه مغرور فيه) *

من أحكام العارية الضمان والكلام فى ضمان الرد والعين والاجزاء أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير وقوله عليه السلام «على اليد ماأخذت حتى تؤديه»(١) وأيضاً فان الاعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع الناس من الاعارة (وأما) ضمان العين فانها اذا تلفت فى يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أو بغفلة بتقصير أومن غير تقصير وبه قال احمد

---

(١) (حديث) على اليد ماأخذت حتى تؤديه . احمد والنسائى وابن ماجة والحاكم من حديث الحسن عن سمرة ورواه أبو داود والترمذى بلفظ حتى تؤدى والحسن مختلف فى سماعه من سمرة وزاد فيه أكثرهم ثم نسى الحسن فقال هو أمينك لاضمان عليه *

ظاهرة قوية لاتزال بما هو أقوى منها بخلاف اثبات الحكم في محل مسكوت عنه لامعارض للمعنى فيه فيتبع اللحم بغير المأكول تعارض فيه ظاهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر • و بيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض فلذلك اعمال المعنى فيه وليس تنصيص الشارع على اللحم نافياً لغيره لان تعلق الحكم بالاسم لايدل على نفيه عما عداه وقال وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان ان لم يكن مدبوغا وان كان مدبوغا فلا منع وجزم الماوردي بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق وحكاه الروياني عنه لانه لا ربا في الجلد ثم قال الروياني وقيل في غير المذبوح وجهان وقال غير الحاوي انه يجوز بيعه بالعظم أيضاً وجهاً واحداً وقال القاضي حسين ان باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وان راعينا المعني فوجهان (أحدهما) لايجوز لأنه مال ربا (والثاني) يجوز لأنه ليس بمأكول بدليل أنه يباح أكله (قلت) هذا كلام عجيب (وقوله) بدليل انه يباح أكله أعجب (وقوله) في الوبر أعجب فان الجلد ان أمكن تمشية كونه ربويا ففرضه في جلد يؤكل والوبر كيف يمكن تمشية ذلك فيه وقد تقدم اعتراض النووي على الرافعي واعتذر اي عنه وذلك العذر لايأتي ههنا والله أعلم • قال القاضي فاما إذا باع جلد المذكاة بالشاة ان راعينا الخبر يجوز وان راعينا المعنى فوجهان قال وههنا أولى بأن

وقال أبو حنيفة لايضمن الا اذا تعدى فيها وعن رواية الشيخ أبي علي ان للشافعي رضى الله عنه قولا مثله في الامالي ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب وأيضا فانه مال يجب رده الى مالكه فتجب قيمته عند التلف كالمأخوذ على سبيل السوم وايضا فان المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان ولو كانت العارية أمانة لما استقر كالمودع من الغاصب وذهب مالك الى ان العارية مضمونة الا ان تكون حيوانا فهو امانة ولو اعار بشرط ان تكون امانة لغى الشرط وكانت مضمونة واذا وجب الضمان فاي قيمة تجب فيه ثلاثة أوجه وسماها الزجاجي أقوالا وكذلك فعل في الوسيط (أحدها) أقصى القيم من يوم القبض الى التلف لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة لوجبت القيمة الزائدة فاشبه المغصوب (والثاني) قيمة يوم القبض تشبيها بالقرض يومئذ (والثالث) وهو الاصح قيمة يوم التلف لأن ايجاب أقصى القيم بمثابة ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال وهي غير مضمونة على الصحيح كما سيأتي ومن قال بالاول منع كون تلك الإجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الاطلاق وقال انما لايضمن اذا رد العين وينبني على هذا الخلاف ان العارية اذا ولدت في يد المستعير هل يكون الولد مضمونا في يده ان قلنا ان العارية مضمونة ضمان الغصب كان مضمونا عليه والا فلا وليس له استعماله بلا خلاف والخلاف المذكور في العارية انها كيف تضمن جار في المأخوذ على سبيل السوم الا ان الأصح هناك على ما ذكره في النهاية ان الاعتبار بقيمة يوم القبض لان تضمين أجزائه غير ممتنع وقال غيره الاصح فيه كهو في العارية وهذا كله فيما اذا تلفت العين لا بالاستعمال اما اذا تلفت بالاستعمال بأن انمحق الثوب

لايجوز بعد ذلك رأيت هذا الذى قلته فى تعليق القاضى حسين قال إن راعينا الخبر لم يجز وان راعينا المعنى (فان قلنا) السمك يسمى لحماً وانه مع لحوم البرية صنف لم يجز والا جاز *

﴿ فرع ﴾ قال الرويانى انه لو اشترى الحيوان بالرأس والكراع لم يجز بحال قله الرويانى وهو مشكل لأنه إذا كانت الرأس والكراع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان وسائر الأجزاء المتقدمة وقد حكي هو وغيره فيها وجهين فما وجه الجزم فى الرأس والكراع إلا أن نقول ان فيها لحماً فانه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع * ولو باع الألية بالمعز قال القاضى حسين ان راعينا الخبر الصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لايجوز (إذا قلنا) الألية مع اللحم جنس واحد وان باع الألية بالضأن ان راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز وان راعينا المعنى لايجوز قاله القاضى حسين وان باع الألية بالألية واللحم فيصير من قاعدة مد عجوة قاله القاضى حسين ﴿قاعدة﴾ وهي التى وعدت بذكرها في آخر الكلام قال الامام الذى يجب التنبه له فى مضمون هذا الباب وأمثاله أن من الأصول ما يستند إلى الخبر أو إلى ظاهر القرآن ولكن القياس يتطرق اليه من طريقة الشريعة فلا يمنع التصرف فى ظاهر القرآن والسنة بالاقيسة الجلية إذا كان التنزيل متسعاً لاينبو

باللبس فوجهان (أصحهما) أنه لايجب ضمانها كالأجزاء (والثانى) يجب لأن حق العارية ان ترد فاذا تعذر الرد لزم الضمان وعلى هذا فما الذى يضمن فيه وجهان (أحدهما) وهو المذكور فى النهاية انه يضمن العين بجميع أجزائها (وأصحهما) وهو المذكور فى التهذيب انه يضمن فى آخر حالات التقويم وصححه فى التتمة (واما) ضمان الاجزاء فما تلف منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لايلزم ضمانها لحدوثه عن سبب واذن فيه وفيه وجه ضعيف أنه يلزم لان العارية مؤداة فاذا تلف بعضها فات رده فيضمن بدله وما تلف منها بغير هذا السبب ففيه وجهان مذكوران فى التهذيب (أحدهما) انه لايلزم ضمانها أيضا كما لو تلف بالاستعمال و يكتفى برد الباقى (وأصحهما) اللزوم كما لو تلفت العين كلها وهلاك الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد كانمحاق الثوب وتعييبها به كالانمحاق كذا ذكره الامام وفيما جمع من فتاوى القفال انه لوقرح ظهرها بالحمل وتلفت منه يضمن سواء كان متعديا بالحمل اولم يكن لانه انما اذن فى الحمل لافى الجراحة وردها الى المالك لايخرجه عن الضمان لأن السراية تولدت من مضمون فصار كما لوجرح دابة الغير فى يده وهذا فى الحمل الذى هو غير متعد به جوابا على وجوب الضمان فى صورة تفسير الانمحاق والله أعلم * وجميع ما ذكرنا فيما اذا استعار من المالك ووراءه صورتان (إحداهما) اذا استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة فاحد الوجهين انه يضمن كما لو استعار من المالك (وأصحهما) أنه لايضمن لأن المستأجر لايضمن وهو نائب المستأجر الا ترى أنه اذا انقضت مدة الاجارة ارتفعت

نظر المنصف عنه والشرط فى ذلك أن يكون صدر القياس من غير الأصل الذى فيه وأورد الظاهر فان لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجز إزالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره على بعض المسميات فأما مالا يتطرق اليه معنى مستمر صائر إلى السبر فالاصل فيه التعلق بالظاهر وينزل منزلة الوصف ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات فيتعين النظر اليه وهذا له أمثلة (منها) آية الملامسة ترد ونص الشافعي فى لمس المحارم من جهة أن التعليل لاجريان له فى الاحداث الناقضة وما لا يجرى القياس فى إثباته فلا يكاد يجرى فى نفيه فمال الشافعي رضى الله عنه إلى اتباع اسم النساء وأصح قوليه أن الطهارة لاتنتقض لان ذكر الملامسة المضافة إلى النساء مع سياق الاحداث يشعر بلمس اللواتى يقصدن باللمس فان لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص ومن هذا القبيل قوله صلى الله عليه وسلم «ليس للقاتل من الميراث شيء» فالحرمان لاسبيل فيه الى التعليل كما ذكرنا فى الخلاف واذا نسند مسلك التعليل اقتضى الحال التعلق باللفظ فردد الشافعى نصه فى القتل قصاصاً فوجه الحرمان التعلق بالظاهر مع حسم التعليل ووجه التوريث التطلع على مقصود الشارع وليس يخفى أن مقصوده مضادة غرض المستعجل والذى نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارج عن هذا القانون فمن عمم

الاعارة وانه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير ومؤنة الرد فى هذه الاستعارة على المستعير إن ردعلى المستأجر وعلى المالك إن رد عليه كما لو رد عليه المستأجر (الثانية) اذا استعار المغصوب من الغاصب وتلف فى يده غرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما فان الضمان على المستعير لان المال حصل فى يده بجهة مضمونة وان كانت قيمته يوم التلف أكثر نظران كانت الزيادة فى يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره وان كانت في يد المستعير (فان قلنا) العارية تضمن ضمان الغصب فهو كقيمته يوم التلف (وان قلنا) لاتضمن ضمان المغصوب فغرامة الزيادة كغرامة المنافع واذا طالبه المالك فغرامة المنافع وغرمها بالمنفعة التى تلفت فى يده قرار ضمانها على المعير لأن يد المستعير فى المنافع ليست يد ضمان والتى استوفاها بنفسه فيها قولان مشروحان فى الغصب النظر فى احدهما إلى تغرير المعير اياه وفى الثانى الى مباشرته الاتلاف وهو الاظهر والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنا المستعير من المستأجر والا فيرجع بالقيمة التى غرمها على المستأجر ويرجع المستأجر على الغاصب *

قال ﴿ والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق * فلو اركب وكيله المستعمل فى شغله دابته فتلفت فلا ضمان عليه * ولو أركب فى الطريق فقيراً تصدقاً عليه فالاظهر أنه لا يضمن ﴾ *

تعلق بقول الشارع ومن فصل تشوف إلى درك مقصوده وهو أن فى الحيوان لحماً ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه فيقرب بعض المراتب و يبعد بعضها فالقتل قصاصاً أقرب قليلا والقتل حداً سيما إذا ثبت باقرار من عليه الحد بعيد ومن هذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد ولو ادعى العلم فى أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيداً هذا آخر كلام الامام ﴿ فائدة ﴾ قوله فى بعض ألفاظ الحديث لايباع حي بميت الميت فى اللغة من فارقته الحياة فيشمل المذبوح وفى الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قوبل بالحى تعين أن المراد به المعنى الأول وأيضاً فان الميت لايباع بحى ولا بغيره والله تعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه ونزع منه العظم لانه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم فيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى ومن أصحابنا من قال لايجوز كما لايجوز بيع العسل الذى فيه شمع بعضه ببعض ويخالف النوى فى التمر فان فيه مصلحة له وليس فى ترك العظم فى اللحم مصلحة له ﴾*

ذكر حد المستعير ليبنى عليه مسائل فقال والمستعير كل طالب اخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق وزاد بعضهم فقال من غير استحقاق وتملك وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض (وأما) نفى الاستحقاق والقصد منه الاحتراز عن المستأجر والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين (أحدهما) أنه منقوض بالمستام من الغاصب (والثانى) أن التعرض لكونه طالبا غير محتاج اليه اذ لافرق بين أن يلتمس المستعير حتي يعير و بين أن يبتدئ المعير بالاعارة (وأما) المسائل المشار اليها (فمنها) أنه لو أركب وكيله الذى استعمله فى أشغاله دابته وسيره الى موضع فتلفت الدابة فى يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه لم يأخذها لغرض نفسه وكذلك لو سلمها الى رائض ليروضها أو كان عليها متاع نفيس فاركب انساناً فوقه احرازاً للمال (ومنها) لو وجد من أعيي فى الطريق فأركبه فالمشهور أنه يضمن سواء التمس المعي أو ابتدأ المركب وقال الامام انه لا يضمن لأن القصد من هذه العارية التصدق والقربة والصدقات فى الاعيان تفارق الهبات ألا ترى أنه يرجع فى الهبة ولا يرجع فى الصدقة وكذلك يجوز أن تفارق العارية التى هى صدقة سائر العوارى فى الضمان وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً وحكم بانه أظهر * ولو أركبه مع نفسه فعلي الرديف نصف الضمان ورأى الامام أنه لايلزمه شيء تشبيها بالضيف وعلى الاول لو وضع متاعه على دابة غيره وأمره أن يسير الدابة ففعل كان صاحب المتاع مستعيراً للدابة بقسط متاعه مما عليها حتي لو كان عليها مثل متاعه وتلف ضمن

﴿ الشرح ﴾ تقدم الكلام فى أنه لايجوز بيع اللحم الطرى بالطرى وشرع المصنف الآن يذكر حكمه إذا جف وجواز بيعه جافاواشتراط التناهى فى الجفاف متفق عليه بين الشافعى والأصحاب وفسر الشافعى رحمه الله فى الام انتهاء جفافه بأن يملح و يسيل ماؤه قال فذلك انتهاء جفوفه فاذا انتهى بيع رطل برطل وزناً بوزن يداً بيدمن صنف وقد تقدم شىء من كلام الشافعى هذا وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع منه العظم لاخلاف فيه بين الأصحاب وممن نفى الخلاف فيه أبوالطيب والرويانى وفرقوا بينه و بين التمر إذا نزع منه النوى حيث لايجوز على أحد الوجهين بأن التمر اذانزع منه النوى يتجافى فى المكيال فلا يمكن اعتبار التماثل فيه بخلاف اللحم فان اعتبار التماثل فيه اذا نزع منه العظم يكون أمكن و بأن بقاء النوى فى التمر من مصلحته و بقاء العظم فى اللحم مفسد لانه يتغير بما فى العظم من المخ فلا يصل اليه الملح ثم ان كثيراً من الاصحاب أطلقوا الجواز فى ذلك واستثنى القاضى حسين والرافعى من ذلك أن يكون فى اللحمين أو أحدهما من الملح ما يظهر في الوقت فانه يمنع من بيع بعضه ببعض قال القاضى حسين ان كانا مملحين بالملح بأن ينثر عليهما الملح أو شىء من الكزبرة أو غيره فانه لايجوزوان صب عليه ماء الملح فحينئذ يجوز * أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وابن الصباغ

نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع سيرها ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيراً ودخل المتاع فى ضمان صاحب الدابة لانه كان من حقه أن يطرحها وان كان لاحد الرفيقين فى السفر متاع وللآخر دابة فقال صاحب المتاع للآخر احمل متاعى على دابتك فاجابه فصاحب المتاع مستعير لها ولو قال صاحب الدابة اعطني متاعك لاضعه على الدابة فهو مستودع متاعه ولا تدخل الدابة فى ضمان صاحب المتاع أورده فى التهذيب *

﴿ فرع ﴾ لو استعار دابة ليركبها إلى موضع فجاوزه فهو متعد من وقت المجاوزة وعليه أجرة المثل ذهابا ورجوعاً الى ذلك الموضع وفى لزوم الاجرة من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذى استعار منه وجهان (وجه المنع) أنه مأذون فيه من جهة المالك (ووجه) اللزوم ان ذلك قد انقطع بالمجاوزة وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذى استعار اليه *

﴿ فرع ﴾ أودعه ثوبا وقال ان شئت تلبسه فالبسه فهو قبل اللبس وديعة و بعده عارية وعن صاحب التقريب تخريج وجه آخر من السوم لأنه مقبوض على توقع عقد ضمان قال ولو قيل لاضمان فى السوم أيضاً تخريجاً مما نحن فيه لم يبعد *

والقاضي حسين والفوراني ونصر المقدسي وآخرون كما حكاهما المصنف وعزا القاضي أبو الطيب المنع إلى أبي اسحق المروزي مع نقله الجواز عن الاصطخري وزعم الروياني أن القاضي الطبري نسب الجواز إلي أكثر الأصحاب ولم أجد ذلك في تعليقه فليحمل ذلك على الوهم لأن أكثر الأصحاب على خلافه والله أعلم * والتوجيه مذكور في الكتاب قال القاضي حسين بل بقاء العظم يزيده فساداً (والاصح) أنه لا يجوز وممن صرح بتصحيحه الماوردي في الحاوي ونصر المقدسي والروياني وقالوا إنه المذهب والرافعي وقال إنه الأظهر عند الأكثرين وقال الامام ان اليه ميل الاكثرين وخالف صاحب التهذيب فقال ان الأصح أنه يجوز علي خلاف ما قال أبو اسحق ولا يرد على صاحب التهذيب جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثله لان له أن يقول ان المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع وممن وافق صاحب التهذيب علي تصحيح الجواز في ذلك الجرجاني في الشافي وقاسه على بيع التمر مع النوى وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك وهذا إنما جره القول بالجواز (وأما) بيع الجاف بالطرى فقد تقدم أنه لا يجوز *

﴿ فرع ﴾ استعار صندوقا فوجد فيه دراهم فهي أمانة عنده كما لو طير الريح الثوب في داره *

قال ﴿ الحكم الثاني التسلط على الانتفاع وهو بقدر التسليط فان أذن له في زراعة الحنطة لم يزرع ماضرره فوقها وزرع ماضرره مثلها أو دونها إلا إذا نهاه * ولو أذن في الغراس فبني أو في البناء فغرس فوجهان لاختلاف جنس الضرر * ولو أعار الأرض ولم يعين فسدت العارية فان عين جنس الزراعة كفاه ﴾ *

من أحكام العارية تسلط المستعير على الانتفاع بحسب اذن المعير وتسليطه وفيه مسائل (الأولى) إذا أعار أرضاً للزراعة فاما ان يبين مايزرعه أو يطلق كما إذا قال أعرتكها لزراعة الحنطة نظر ان لم ينه عن زراعة غيرها فله أن يزرع الحنطة وماضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه وليس له أن يزرع ماضرره فوق ضرره كالذرة والقطن فان نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها وحيث زرع ماليس له أن يزرعه فلصاحب الأرض قلعه مجاناً وان أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان (أصحهما) وهو المذكور في الكتاب ان الاعارة صحيحة وله أن يزرع ماشاء لاطلاق اللفظ (والثاني) أنها لا تصح للتفاوت الظاهر بين أنواع المزروع ولو قيل تصح الاعارة ولا يزرع إلا أقل الانواع ضرراً لكان مذهباً (الثانية) إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء ولا الغراس لان ضررهما أكثر والقصد منهما الدوام ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس فيه وجهان (أحدهما) نعم

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بالجواز اذا لم يكن منزوع العظم قال الرافعي فيجوز بيع الفخذ بالجنب ولا نظر الى تفاوت أقدار العظام كتفاوت النوى وقال الامام يجب ان يمتنع بيع العضو الذى يجيء منه مقدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شيء فان العظم الباقى فى العضو لا يحتمل فان قل المقدار المقطوع بحيث لا يبالى به فلا بأس وجزم صاحب التهذيب بأنه لو استخرج العظم من احدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز *

﴿ فرع ﴾ ما ذكره من بيع اللحم باللحم شرطه أن لا يكون عليه جلد أما لو كان عليه جلد قال الماوردى ان كان غليظا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم أى لأنه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المماثلة وان كان رقيقا يؤكل معه كجلود الحدأ والدجاج فوجهان كالعظم ولحوم الحيتان لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه ببعض طريا ولا نديا ولا مملوحا لأن الملح يمنع المماثلة ولكن يباع بعضه ببعض اذا بلغ غاية يبسه غير مملوح فاما اذا اختلف جنسها فيجوز طريا ويابسا ومملوحا *

﴿ فرع ﴾ قال الروياني وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعض طريا ولا نديا ولا مماحا ولكن يجوز اذا بلغ غاية يبسه غير مملح *

﴿ فرع ﴾ لو ضم عظما من عضو آخر الى لحم وباعه بلحم آخر فيه عظم اولا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف قاله الروياني فى البحر كما لو ضم النوى الى تمر و باع بتمر لا يجوز *

لتقارب ضررها فان كلا منهما للأبد (وأصحهما) لا لاختلاف جنس الضرر فان ضرر الغراس فى باطن الأرض أكثر لانتشار عروقه وضرر البناء فى ظاهرها أكثر (الثالثة) ان كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبساط الذى لا يصلح الا أن يفرش فلا حاجة فى اعارته إلى التعرض للانتفاع وان كان ينتفع به بجهتين فصاعدا كالارض تصلح للزراعة والبناء والغراس والدابة تصلح للحمل والركوب فهل تصح اعارته مطلقا أم لابد من التعرض لجهة الانتفاع فيه وجهان (أحدهما) وهو الذى أورده الروياني وصاحب التهذيب انها تصح ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الاجارة يشترط فيها التعيين لانه يحتمل فى العارية ما لا يحتمل فى الاجارة (وأظهرهما) عند الامام وهو المذكور فى الكتاب انه لا بد من تعيين نوع المنفعة لان الاعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة ولا حاجة الى الاعارة المرسلة وعلى هذا فلو قال اعرتك كذا لتفعل به ما بدالك أو لتنتفع به كيف شئت فوجهان على الوجه الاول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لاطلاق الاذن وقال القاضى الروياني ينتفع به على العادة فيه وهذا أحسن *

قال ﴿ الحكم الثالث جواز الرجوع عن العارية * الا اذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون * واذا أعار جدارا لوضع الجذوع عليه فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئا إذ لا أجرة له حتى يطالب به ولا يمكن هدمه والطرف الآخر فى خاص ملك الجار *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض لانه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الحكم المذكور جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ونقلوه عن الأصحاب وقالوا انه لايجوز قولا واحداً ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد وأن الربا يجرى في البيض وقال الماوردى ان المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوليه فى الحمل هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن لان البيض كالحمل (فان قيل) ان الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التى فيها بيض بالبيض (وان قلنا) ان الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجز لأن بيع البيض بالتبع لايجوز على قوله الجديد وقال الروياني علل والدى رحمه الله القول الأول بأنه كالمستهلك ما دام فى جوفها وحكى صاحب التتمة أيضاً وجهين لأن النهى ورد عن اللحم بالحيوان وليس هذا داخلا فيه قل و يخالف اللبن لأن اللبن

الاصل فى العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء وللمستعير الرد متى شاء لانه مبرة وتبرع فلا يليق بها الالتزام فيما يتعلق بالمستقبل ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة وعن مالك أنه لايجوز الرجوع فى المؤقتة واستثني الاصحاب من الاصل المذكور صورتين (احداهما) اذا أعار أرضا لدفن ميت قال فى النهاية وله سقى الاشجار التى فيها اذا لم يفض الى ظهور شيء من بدن الميت وله الرجوع قبل الحفر و بعده مالم يوضع فيه الميت قال فى التتمة كذا بعد الوضع مالم يواره التراب وذكر أن مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن على ولى الميت ولا يلزمه الطم * واعلم أن الدفن فى الأرض احدى منافعها كالبناء والغراس وقد ذكرنا خلافا فى أن التعرض للمنفعة يشترط فى الاعارة أم اطلاق الاعارة تسليط عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة الى الزام عارية الارضين (الثانية) اذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه ففى جواز الرجوع وجهان (ان جوزناه) ففائدته طلب الاجرة للمستقبل أو التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقصان فيه وجهان وكل ذلك بالشرح مذكور فى كتاب الصلح والذى اجاب به صاحب الكتاب هناك جواز الرجوع وأورد تفريعا عليه الوجهين فى فائدة الرجوع (وقوله) ههنا فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً حاصله الجواب بمنع الرجوع لان أثر الرجوع اما طلب الاجرة أو الهدم أو ضمان النقصان وقد نفاهما جميعا فى هذا الموضع وكان ذلك منعا من الرجوع الاترى انه لما امتنع فى الصورة السابقة طلب الاجرة والنبش أطلقنا القول بمنع الرجوع اذا كان كذلك جاز اعلام قوله فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً ــ بالواو ــ وكذلك قوله اذ لا أجرة له وقوله ولا يمكن هدمه وقد بين فى الصلح الاصح من الوجهين ماذا وحاول بعض

يمكن حلبه فى الحال والبيض لا يمكن فلا يقابله بالعوض كالحمل فى البطن على أحد القولين فوافق الماوردى فيما ذكره الا فى تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافعى بين بيع البيض بالدجاج و بيع اللبن بالشاة و بيع البيض بالدجاج الخالى عن البيض جائز و بياض البيض وصفاره جنس واحد لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الرويانى * وقول المصنف بيض الدجاج تنبيه على أن البيض جائز وهو الذى قاله الصيمرى وجعله كالألبان لأنه يفارق بائضه حياً وقد قال الرافعى بيض الطيور أجناس ان جعلنا اللحوم أجناساً وان جعلناها جنساً واحداً فهى أجناس أيضاً فى أصح الوجهين وحكى الماوردى أيضاً الخلاف كذلك وجزم بأن بيض الطير ليس صنفاً من لحمه وحكى الوجهين فى أن بيض السمك هل هو نوع من لحم السمك لانه يؤكل معه حياً وميتاً وقد تقدم ذلك عند الكلام فى أن اللحوم جنس أو أجناس * وتقييد المصنف بقوله فى جوفها بيض يفهم أنه اذا لم يكن فى جوفها بيض يجوز بيعها ببيض الدجاج وهو

من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه ههنا و بين قوله فى الصلح فهما رجع كان له النقض بشرط أن يغرم النقض فحمل ما ذكره فى الصلح على ما اذا كان طرف الجذوع على المستعار وما ذكره ههنا على ما اذا كان أحد الطرفين على خاص ملك المستعير لكن فيه نظر من حيث ان الوجه الثانى هناك وهو قوله وقيل فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل موجه فى الوسيط وغيره بأن الطرف الآخر من خالص ملك المستعير فلا يمكن تمكينه من نقضه فلو كان التصوير هناك فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك وبالجملة فالأئمة لم يفرقوا فى حكاية الوجهين فى ثبوت الرجوع والوجهين فى فائدة الرجوع اذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي الجذوع أو كلاهما *

قال ﴿ فان أعار البناء والغراس مطلقاً لم يكن له نقضه مجاناً لانه محترم بل يتخير بين أن يبقى بأجرة أو ينقض بأرش أو يتملك ببدل فأيها أراد أجبر المستعير عليه * فان أبى كلف تفريغ الملك * فان بادر الى التفريغ بالقلع ففى وجوب تسوية الحفر خلاف لانه كالمأذون فى القلع بأصل العارية * و يجوز للمعير دخول الارض و بيعها قبل التفريغ * ولا يجوز للمستعير الدخول بعد الرجوع الا لمرمة البناء على وجه * وفى جواز بيعه البناء خلاف لانه معرض للنقض * ولو قال أعرتك سنة فاذا مضت قلعت مجانا فله ذلك * ولو لم يشترط القلع لم يكن له الا التخيير بين الخصال الثلاثة كما فى العارية المطلقة * واذا أعار للزراعة ورجع قبل الادراك لزمه الابقاء الى الادراك * وله أخذ الاجرة من وقت الرجوع * واذا حمل السيل نواة الى أرض فأنبتت فالشجرة لمالك النواة * والظاهر أن لمالك الارض قلعها مجاناً اذ لا تسليط من جهته ﴾ *

كقولك ببيع الشاة التي لالبن فيها باللبن وكذلك أطلق الرافعي رحمه الله أن بيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة الى اعادة مثلها وكذلك جزم صاحب التهذيب وصاحب التتمة بجواز بيع البيضة بالدجاج الذي ليس في جوفه بيض قال صاحب التهذيب لان البيضة لم تكن حية فارقها وقصد بذلك الفرق بينها و بين اللحم حيث يمتنع بيعه بالحيوان ٭

﴿فروع﴾ نختم بها باب الربا الهليلج والبليلج والاملج والسقمونيا وسائر الادوية ربوية بلاخلاف على المذهب لانها مطعوم مكيل أو موزون وطعمها لرد الصحة كما أن طعم غيرها لحفظ الصحة وفي التتمة حكاية وجه في السقمونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قليله والطين الارمني ربوي على الصحيح خلافا لابن كج والخراساني ليس ربويا خلافا للشيخ أبي محمد نقله عنه الرافعي وحكم السيرافي حكم الخراساني قاله المحاملي والطفل المصري ليس بربوي قاله نصر وغيره ٭

اعارة الارض للبناء والغراس تنقسم الى مطلقة وهي التي لم تبين لها مدة والى مؤقتة وهي التي بين لها مدة (القسم الأول) المطلقة للمستعير فيها ان يبني ويغرس مالم يرجع المعير فاذا رجع لم يكن له البناء والغراس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض كالغاصب وان كان جاهلا فوجهان كالوجهين فيما لو حمل السيل نواة إلى أرض فنبتت وربما شبها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلا بالعزل وأما ما بني وغرس قبل الرجوع فان أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع والا فينظر إن كان قد شرط عليه قلعه مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر ألزم ذلك فان امتنع قلعه المعير مجاناً وان كان قد شرط القلع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية لأن شرط القلع رضاء بالحفر وان لم يشترط القلع أصلا نظر ان أراد المستعير القلع مكن منه لأنه ملكه فله نقله عنه فاذا قلع فهل عليه التسوية فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الاعارة مع العلم بان المستعير أن يقلع رضى بما يحدث من القلع (وأظهرهما) نعم لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه وان لم يختر المستعير القلع لم يكن للمعير قلعه مجانا لأنه بناء محترم ولكنه يخير بين ثلاثة خصال (احدها) أن يبقيه باجرة يأخذها (والثانية) أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً (الثالثة) أن يتملكه عليه بقيمته فان اختار القلع وبذل ارش النقص فله ذلك والمستعير يجبر عليه وان اختار احد الخصلتين الأخريين أجبر المستعير عليه أيضاً فيما رواه جماعة منهم الامام وأبو الحسين العبادي وصاحب الكتاب وفي التهذيب أنه لابد فيها من رضى المستعير لأن احداها بيع والأخرى إجارة ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال إذا اختاره المعير أجبر المستعير وهو كتملك الشفيع الشقص بهذا و بين الابقاء بالأجرة فيقال إنه لابد فيه من رضى المستعير واستخرج هذا الفرق

﴿ فرع ﴾ قال القاضي أبو الطيب فى الجواب عن اعتراض المالكية وقولهم إن كل شيء له طعم قال انا لانعتبر حاله وانما نعتبر ما يطعم غالباً * والاعتبار فى الطعم بما يعد له في حال الاعتدال والرفاهية دون سني الازم والمجاعة قاله فى مختصر النهاية *

﴿ فرع ﴾ الربا يجرى فى دار الحرب جريانه في دار الاسلام و به قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وعن أبي حنيفة أن الربا فى دار الحرب إنما يجرى بين المسلمين المهاجرين فاما بين الحربيين و بين مسلمين لم يهاجرا أو أحدهما فلا ربا وقال ان الذميين إذا تعاقدا عقد الربا فى دار الاسلام فسخ عليهما فالاعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبار بالعاقد فاذا أربى الذى فى بلاد الاسلام مع الذمي لم يفسخ كذا قال القفال فى شرح التلخيص قال وهكذا سائر البياعات الفاسدة والله أعلم * واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بحديث مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا ربا بين مسلم وحربى فى دار الحرب » و بأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فالعقد أولى ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا فلأن كل ما كان حراما فى دار الاسلام كان حراما فى دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأنه

من قول من يقول من الأصحاب بتخير المعير بين خصلتين القلع وضمان الأرش والتمليك بالقيمة وهذا ماذكره القاضى أبو على وأكثر العراقيين وغيرهم و يشبه أن يكون هذا أظهر فى المذهب والمعني المرجوع اليه فى الباب ان العارية مكرمة ومبرة فلا يليق بها منع المعير من الرجوع ولا تضييع مال المستعير فأثبتنا الرجوع على وجه لايتضرر به المستعير ور بطنا الأمر باختيار المعير لأنه الذى صدرت منه هذه المكرمة ولأن مالكه الأرض وهى أصل والبناء والغراس فرع تابع لها وكذلك يتبعها فى البيع * فاذا عرفت ماذكرنا أعلمت قوله فانها أراد أجبر المستعير عليه - بالواو - (وأما) قوله فان أبى كالف تفريغ الملك فاعلم أن من فوض الأمر الى اختيار المعير فى الخصال الثلاثة قل منه الاختيار ومن المستعير الرضى واسعافه بما طلب فان لم يسعفه كلفناه تفريغ ارضه ومن اختار رضى المستعير والتمليك بالقيمة والابقاء بالاجرة فلايكلفه التفريغ بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختر المستعير شيئا مما خيرناه فيه وسيأتى فليكن قوله فان أبى كلف تفريغ الملك معلما - بالواو - أيضا ثم من قصر خيرة المعير على خصلتى القلع بشرط ضمان الأرش والتمليك بالقيمة قالوا لو امتنع من بذل الأرش أو القيمة و بذل المستعير الأجرة لم يكن للمعير القلع مجانا وان لم يبذلها فوجهان (أظهرهما) أنه ليس له ذلك أيضا و به أجاب الذين خيروه بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعا وما الذى يفعل قال بعض الأصحاب منهم أبو على الزجاجى يبيع الحاكم الأرض مع البناء والغراس ليفاصل الأمر وقال الأكثرون ويحكي عن المزنى إنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئا و يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال

عقد فاسد فلا تستباح به المعقود عليه كالنكاح (قلت) وهذا الاستدلال ان كان أبو حنيفة يوافق على فساده وأماحديث[1] فمرسل ان صح الاسناد الى مكحول ثم هو محتمل لأن يكون نهياً فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلمين واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات وأما استباحة أموالهم اذا دخل اليهم بأمان فممنوعة فكذا بعقد فاسد ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لأن الحربي اذا دخل دار الاسلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد ثم ليس كل ما استبيح بغير عقد استبيح بعقد فاسد كالفروج تستباح بالسبي ولا تستباح بالعقد الفاسد * ومما استدلوا به على أنه لا ربا فى دار الحرب ان العباس بن عبد المطلب كان مسلماً قبل فتح مكة فان الحجاج بن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به فى القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح « وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب » فدخل فى ذلك الربا الذي من بعد اسلامه الى فتح مكة فلو كان الربا الذى بين المسلم والحربى موضوعا

(١) كذا بالاصل حرر

بالبناء والشجر لانه جالس على ملكه وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير اذن المعير ويجوز لسقي الاشجار على أصح الوجهين صيانة لملكه عن الضياع ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهى إلى ملكه وعلى الاول لو تعطلت المنفعة على صاحب الارض لدخوله قال فى التتمة لا يمكن الا بالاجرة ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه من الآخر وللمعير بيع الارض من ثالث ثم يتخير المشترى تخير المعير وهل للمستعير بيع البناء من ثالث فيه وجهان (أحدهما) لا لانه فى معرض النقض والهدم ولان ملكه عليه غير مستقر لان المعير بسبيل من تملكه (وأصحهما) نعم لأنه مملوك فى الحال ولا اعتبار بمكنة تمليك الغير كتمكن الشفيع من تملك الشقص وعلى هذا فينزل المشترى منزلة المستعير وللمعير الخيرة على ماذكرنا وللمشترى فسخ البيع ان كان جاهلا بالحال * ولو أن المعير والمستعير اتفقا على بيع الارض بما فيها بثمن واحد فقد قيل هو كما لو كان لهذا عبد ولهذا عبد فباعاهما بثمن واحد (والاظهر) الجواز للحاجة ثم كيف يوزع الثمن ههنا وفيما إذا باعاها على أحد الوجهين فى التتمة أنه على الوجهين المذكورين فيما اذا غرس الراهن فى الارض المرهونة أشجاراً والذى أورده فى التهذيب أنه يوزع على الارض مشغولة بالغراس والبناء وعلى مافيها وحده فحصة الارض للمعير وحصة مافيها للمستعير وحكم الدخول والانتفاع والبيع على ماذكرناه فى ابتداء الرجوع الى الاختيار فيما اذا امتنعا من الاختيار واعراض القاضى عنهما على وتيرة واحدة (القسم الثانى) المقيدة بمدة فللمستعير البناء والغراس فى المدة الا أن يرجع المعير وله أن يجدد كل يوم غرسا كذا قاله فى التهذيب و بعد مضى المدة ليس له إحداث البناء والغراس واذا رجع المعير عن العارية إماقبل مضى المدة أو بعده فالحكم كما لو رجع فى القسم

لكان ربا العباس موضوعا يوم أسلم (والجواب) أن العباس كان له ربا فى الجاهلية من قبل اسلامه فيكفى حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لايكون عالماً بتحريمه فاراد النبي صلى الله عليه وسلم انشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ *

﴿ فرع ﴾ جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات علي القول الجديد اختلف أصحابنا هل ثبت الربا بعلة الأصل أو بعلة الاشتباه فمن متقدمي أصحابنا من قال انما جعل الشافعى فيه الربا بعلة الاشتباه لأنه قال وانما حرمنا غير ما سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم من المأكول المكيل والموزون لانه فى معني ما سمى فجعل فى المكيل والموزون الربا بعد الأصل ثم قال بعد هذا وما خرج من المكيل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على مالا يكال ولا يؤكل فجعله ملتحقاً بالاصل من حيث الشبه وقال آخرون بل بعلة الاصل وانما قال الشافعى ما احتج به الاولون ترجيحاً للعلة (قلت) وهذا الذى قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعى

الاول ويختص هذا القسم بشيئين (أحدهما) أن فيما قبل مضى المدة وجها أنه لايتمكن من الرجوع كما قدمناه عن مالك (والثانى) أن أبا حنيفة والمزنى جوزا له القلع مجانا فاذا رجع بعد المدة ذهابا الى أن فائدة ذهاب المدة القلع بعد مضيها مضبوطة ونقل أبو على الزجاجى قولا مثله عن رواية الساجى وهو اختيار القاضى الرويانى ووجه ظاهر المذهب أنه مخير مالم يشترط نقضه فلا ينقض مجانا كما في العارية المطلقة و بيان المدة كما يجوز أن يكون المنع من إحداث البناء والغراس بعدها أو طلب الاجرة (وقوله) فى الكتاب بل يتخير بين أن يبقى بأجرة و ينقض بأرش أو يتملك ببدل المراد من الارش مامر والتفاوت بين قيمته ثابتا ومقلوعا ومن الاجرة أجرة المثل ومن البدل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على ما اختاره المعير منها وما يتفقان عليه ومن الاجرة والابدال عند من يعتبر رضى المستعير (وقوله) لانه معرض للنقل يمكن حمله على نقض الملك بأن يملكه المعير وعلى نقض البناء بأن يقلعه وهو الذى اراد صاحب الكتاب (وقوله) لم يكن له الا التخيير بين الخصال الثلاثة معلم - بالحاء والواو والزاى - وسائر مايحتاج الى ذكره من الفاظ الكتاب قد اندرج فى أثناء الكلام *

﴿ فرع ﴾ قال ابو سعيد المتولى أحد الشريكين اذا بني أو غرس فى الأرض المشتركة باذن صاحبه ثم رجع صاحبه لم يكن له أن ينقض و يغرم ارش النقصان لأنه يتضمن نقض بناء المالك فى ملكه ولا أن يتملك بالقيمة فى الأرض مثل حقه فلا يمكننا ان تقول الأصل للمعير و البناء تابع له نعم له التقرير بالاجرة فان لم يبذلها الثانى يباع أو يعرض عنهما فيه ماسبق قال الرافعى رحمه الله تعالى فى الفصل صورتان اذا أعار أرضا للزراعة فزرعها ثم رجع قبل ادراك الزرع نظر ان كان مما يعتاد

ان شاء الله تعالى ومقصوده بذلك بيان أن المأكول الموزون لايقاس على الذهب والفضة بعلة الوزن بل يقاس على المأكول المكيل فيكون الوزن ليس بعلة وذلك ظاهر لمن تأمله من نصه المذكور فى باب الآجال فى الصرف وقد صرح فى باب بيع الطعام بالطعام بأن فى معنى ما جاءت به السنة كل مكيل ومشروب بيع عدداً والله أعلم * وهذان القولان حكاهما الماوردى وقال الرويانى قال الماسرخسى قال بعض أصحابنا ما رجع الشافعى رضى الله عنه عن علته فى القديم وانما ألحق المطعومات من المعدودات بها من طريق علية الشبه والمسألة على قول واحد فأفاد كلام الرويانى أن الأولين يقولون بعدم رجوع الشافعى عن علته فى القديم بل ألحق بها شيئاً آخر والله أعلم * وقد يعتضدون فى ذلك بما يقول الشافعي فى المختصر عقيب مذهب ابن المسيب وهذا صحيح والظاهر أن ذلك من الجديد لأن المزني لم يذكر فى هذا الباب ان فيه شيئاً من القديم وقول ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود فى شرح المختصر مجيباً عن ذلك ان الشافعى رضى

قطعه كاف قطعه والا فقد ذكرنا للمعير خصالا عند رجوعه فى البناء والغراس واختلف الأصحاب ههنا فعن صاحب التقريب وجه أن له أن يقلع ويغرم ارش النقصان تخريجا مما اذا رجع فى العارية المؤقتة للبناء قبل مضى المدة وعن الطبرى انه يملكه بالقيمة وظاهر المذهب أنه ليس كالبناء فى هاتين الخصلتين لان للزرع أمدا ينتظر والغراس للتأبيد فعلى المعير ابقاؤه للمستعير الى أوان الحصاد ثم فيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن المزنى واختاره القاضى الرويانى أنه يبقيه بالأجرة لأنه انما أباح المنفعة الى وقت الرجوع فصار كما اذا أعاره دابة الى بلد ثم رجع فى الطريق عليه نقل متاعه الى مأمن بأجرة المثل ولو عين المعير الزراعة مدة فانقضت المدة والزرع غير مدرك نظر ان كان ذلك لتقصيره فى الزراعة بالتأخير قلع مجانا والا فهو كما لو أعاره مطلقا وان أعار للفسيل قل الشيخ أبو محمد ان كان ذلك مما يعتاد نقله فهو كالزرع والا فكالبناء *

﴿ فرع ﴾ قال فى التهذيب اذا أعار للزراعة مطلقا لم يزرع الا زرعا واحداً وكذا لو اعار للغراس فغرس وقلع لايغرس بعده الا باذن من جديد وهذا يبين أن المعنى من قولنا فيما اذا أعار للبناء والغراس مطلقا يبنى ويغرس مالم يرجع المعير لأن البناء المأذون فيه جائز له مالم يرجع والماذون فيه هو البناء مرة واحدة الا اذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى (الثانية) اذا حمل السيل حبات أو نويات لغيره الى أرضه فعليه ردها الى مالكها ان عرفه والا دفعها الى القاضى فلو نبتت فى أرضه فوجهان (أحدهما) ان مالكها لايجبر على قلعها لأنه لم يوجد منه تعد وعلى هذا هو كالمستعير فينظر فى النابت أهو شجر أم زرع ويكون الحكم على ماسبق (وأصحهما) الاجبار لأن المالك لم يأذن فيه كما لو انتشرت

الله عنه ما دام يجد زيادة تقريب واجتماع في المعاني بين الاصـل والفرع قال بذلك وحيث عدم الـكيل والوزن قال بعلة الطعم العام ان وجده فان لم يجده فى مثل الادوية وغيرها قال بالطعم فى الجملة على هذا التدريج (قلت) وهذا كلام فاسد ولا يلزم عليه التعليل بعلل مختلفة لمن تأمله والله أعلم * ونظيره ما قاله القاضى حسين ان المطعومات المـكيلة مقيسة على الاربعة ثم نقيس المطعومات الموزونة على المطعومات المـكيلة والموزونات ثم نقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التى ليست بموزونة ولا مكيلة وانما رتبنا هذا الترتيب لان الشىء انما يقاس بالشىء اذا كان بينهما مشابهة كثيرة أو مشابهة باخص أوصافه اذ القياس تشبيه وتمثيل فنقيس المـكيلات غير المنصوص عليها لأنها تشبهها في جميع الوجوه ثم نقيس عليها الموزونات لانها تشبهها فى أن كلا منهما مقدر شرعاً وعلى هذا القياس (فان قلت) وهذا الكلام الذى نقلتموه عن القاضى حسين وغيره يقتضى جواز القياس علي الأصل الثابت بالقياس منـه المعني الذي يثبت به ويقاس غيره عليه وهل يجوز أن يستنبط فهل يجوز ذلك وليس ذلك مما نحن فيه (قلت) قال المصنف فى اللمع انه لاخلاف أنه يجوز أن يستنبط منه معنى غير المعنى الذى قيس به على غيره ويقاس عليه غيره مثل قياس الأرز على البر بعلة الطعم

أغصان شجرة المعير الى هواء داره له قطعها ولو حمل مالا قيمة له من نواة واحدة أو حبة فنبتت فهى لمالك الأرض فى وجه لأن التقويم والمالية حصل فى أرضه ولمالك الاصل فى وجه لانها كانت محرمة الاخذ فعلى هذا فى قلع النابت الوجهان ولو قلع صاحب الشجرة الشجرة فعليه تسوية الارض لانه قصد تخليص ملكه *

قال ﴿ الحكم الرابع فصـل الخصومة فاذا قال راكب الدابة لمالـكها أعرتنيها وقال المـالك أجرتكها فالقول قول الراكب * ولو قال ذلك زارع الأرض لمالـكها فالقول قول المالك لأن عارية الأرض نادرة وقيل فى المسألتين قولان بالنقل والتخريج * ولو قال بل غصبتنيها فالقول قول المالك اذا الأصل عدم الاذن * ولو قال الراكب أركبتنيها وقال المالك أعرتكها فالقول قـول المالك اذا الأصل عدم الاجارة فيحلف حتى يستحق القيمة عند التلف وجواز الرجوع عند القيام ﴾ *

فى الترجمة تساهل فان فصل الخصومة ليس حكما للعارية بخلاف الاحكام السابقـة والمقصود بيان مسائل (احداها) اذا قال راكب الدابة لمالـكها أعرتنى هذه الدابة وقال المالك أجرتكها مدة كذا بكذا فاما أن يفرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالـكة (الحالة الأولى) أن تكون باقية فاما أن يقع الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجرة والنص فى المختصر أن القول قول الراكب مع يمينه ونص فى باب المزارعة انه اذا زرع أرض الغير ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه وللأصحاب فيها طريقان (أحدهما) تقرير النصين لان الدواب يغلب فيها الاعارة وفى الاراضى يندر فصدق فى كل صورة

ثم

ثم يستنبط من الارز أنه لاينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان (من أصحابنا) من قال يجوز (ومنهم) من قال لايجوز وهو قول أبي الحسن الكرخي وقد بصرت فى التبصرة جواز ذلك والذى يصح عندى أنه لايجوز هذا الذى قاله المصنف وهو الصواب وأطلق الامام أبو على عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال لان العلة التى يلحق بها الاصل القريب بالاصل البعيد ان كانت هي التى يلحق بها الفرع بالاصل القريب أمكن رد الفرع إلى الاصل البعيد فيصير القريب لغواً وان كانت غيرها لزم تعليل الاصل القريب بعلتين (احداهما) عديمة الأثر وهى التى ليست موجودة فى الاصل البعيد و يمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلتين مستنبطتين أولا وهذا الذى قاله صحيح فى القسم الثانى و يصلح أن يكون مقوياً لما اختاره المصنف من الوجهين فأما القسم الاول فهومثال مانحن فيه وقد نقل المصنف أنه لاخلاف فيه وقول أبى عبد الله بن الخطيب ان ذكر القريب يكون لغواً ممنوع بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذى هو المقصود فى القياس فان ما بين المطعوم النادر الذى لا يكال ولا يوزن و بين المطعوم غالباً المكيل أو الموزون أبعد مما بينه و بين المطعوم العام الذي لا يكال ولا يوزن فكان الحاقه به أولى نعم ماقاله ابن الخطيب يقرر فى حق المناظر الذى يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق وما قلناه أقرب الى طريقة المناظر الذى يقصد تحقيق الاشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم • ثم ليس فى كلام الشافعى

من الظاهر معه وذكر فى الرقم أن هذا أظهر عند القفال (وأصحهما) عند الجمهور و به قال الربيع والمزني وابن سريج أن الصورتين على القولين ثم منهم من يقول بحصولها على النقل والتخريج ومنهم من يقول هما منصوصان فى كل واحد من الصورتين (أصحهما) تصديق المالك و به قال مالك والمزنى كما لو اختلفا فى عين مال فقال المالك بعتكها وقال من فى يده وهبتنيها فان المصدق هو المالك وكما لو أكل طعام الغير وقال كنت أبحته لى فأنكر المالك فالقول قوله (والثاني) تصديق الراكب والزارع و يحكى هذا عن أبي حنيفة لانهما اتفقا على أن المنفعة مباحة له والمالك يدعى عليه الأجرة والاصل براءة ذمته عنها والى هذا مال الشيخ أبو حامد وفرق الأئمة بين هذه المسألة وبين ماإذا غسل ثوبه غسال أو خاطه خياط ثم قال فعلته بالاجرة وقال المالك بل مجانا حيث كان القول قول المالك مع يمينه قولا واحداً فان الغسال فوت منفعة نفسه ثم ادعى لها عوضاً على الغير وههنا المتصرف فوت منفعة مال الغير واراد اسقاط الضمان عن نفسه فلم يقبل (التفريع) ان صدقنا المالك فعلى مايحلف حكي الامام عن شيخه فى طائفة أنه إنما يحلف على نفى الاعارة التى تدعى عليه ولايتعرض لاثبات الاجارة مع نفي الاعارة وكان السبب فيه أن ينكر أصل الادلة حتى يتوصل الى اثبات المال بنفى الاذن ونسبته الى الغصب واذا اعترف باصل الاذن فانما يثبت بطريق الاجارة فملكناه الحلف على اثباته

وابن داود الشارح له ما يقتضي ورود هذا السؤال عليه بل مقتضاه أنه الحق القريب من النصوص عليه به ثم الحق البعيد بهما لا بالثابت بالقياس وحده فان هذه العلل ليست منصوصة ولكنها مستنبطة والمستنبط لايدعي العبور على العلة قطعا فالحاق المطعوم المكيل بالمنصوص عليه لاشك أنه أقوى وأشد شبها فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكيل قارفيه وصف يمكن أن يكون معتبراً وان كان قد ترجح خلافه فكذلك بعد نعم لو كانت العلة منصوصة لم يكن لهذا الترتيب معني بل حيث وجدت العلة المنصوصة الحق بالمحل المنصوص فيه والله عز وجل أعلم * ﴿ فائدة ﴾ قال الروياني قيل حد مايجرى فيه الربا كل مايباح تناوله على الاطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذيا أو ائتداما أو تفكها أو تداويا وانما اعتبرنا هذه الجهات الأربع لأنها تقصد لنفع البدن *

﴿ فرع ﴾ ما يأكله بنوا آدم والبهائم جميعاً قال الماوردي الواجب أن يعتبر أغلب حاليه فان كان الأغلب أكل الآدميين ففيه الربا كالشعير وان كان الأغلب أكل البهائم فلا قال الروياني كالرطبة وان استوت حالتاه فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين (الصحيح) أن فيه الربا ولا ربا فيما تأكله البهائم كالقرط والنوى والحشيش *

(فان قلنا) لايتعرض الا لنفى الاعارة فاذا حلف استحق أقل الأمرين من اجرة المثل أو المسمى لأنه ان كان أجر المثل أقل لم تقم حجة على الزيادة وان كان المسمى أقل فقد أقر أنه لايستحق الزيادة (وان قلنا) يتعرض لهما ففيما يستحقه وجهان (أحدهما) المسمى اتماما لتصديقه (وأظهرهما) ويحكي نصا فى الام أجرة المثل لانهما لو اتفقا على الاجارة واختلفا فى الاجرة كان الواجب أجرة المثل واذا اختلفا فى أصل الاجارة كان أولى والامام لم يحك الوجه الثانى هكذا ولكن حكى بدله أنه يستحق أقل الامرين كما سبق والتعرض للاجارة على هذا ليس لاثبات المال الذى يدعيه ولكن لينتظم كلامه من حيث انه اعترف باصل الاذن فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى وان نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه لم ترد اليمين على الراكب والزارع لانهما لايدعيان حقاً على المالك حتى يثبتا باليمين وانما يدعيان الاعارة وليست هى حقاً لازماً على المعير وعن أبى الحسين رمز إلى انها ترد ليخلص من الغرم ولو صدقنا الراكب والزارع فاذا حلف على نفى الاجارة كفاه وبرىء وان نكل رد اليمين على المالك واستحق بيمينه المسمى لان اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار وأيهما كان يثبت به المسمى وفيه وجه ضعيف أنه يستحق أجرة المثل لان الناكل ينفي أصل الاجارة فيقع المدعى على اثباته (القسم الثانى) أن يقع الاختلاف قبل مضى مدة لمثلها أجرة بل عقب العقد والقول قول الراكب مع يمينه فاذا حلف على نفى الاجارة سقط دعوى الاجارة وردت

﴿ فرع ﴾ لا ربا فى الريحان والنيلوفر والنرجس والورد والبنفسج الا أن يذيب شىء منها بالسكر أوالعسل ولا فى العود والصندل والكافور والمسك والعنبر ولا العصفر والحناء ولا فى القرطم عند الصيمرى ولا فى آس واذخر والخضروات التى تؤكل فى الربيع و يثبت الربا فى الأترج والليمون والنارنج واللبان والعلك والمصطكى وفيه وجه فى المجرد قال وهو الاقيس واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقثاء وحب الحنظل والهليلج والبليلج والشراملج قاله الصيمرى والدخن والجاورش والخردل والشونيز والشهرابج والبطم والزنجبيل المربى والسقمونيا وجه حكاه الرويانى إنها ليست ربوية والطربوث والجزر والثوم والبصل والدآه والهنسل وفى السقمونيا ونحوه وفى ماء الورد والزعفران والقرطم وحب الكتان والصمغ و بزر الجزر والبصل والفجل والساجم والماء والادهان المطيبة والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذى يؤكل تفكها وهو الارمنى وفى كلام الامام بعض ميل إلى أن دهن السمك ربوى لانه جزء من السمك مطعوم فيه واستشكل قول العراقيين أنه ليس بربوى مع قولهم ان دهن البنفسج ربوى فلم ينظروا إلى العادة فى انصرافه عن الطعم قال وهذا غامض عليهم قال والوجه عندنا تخريج هذا الفرع على الخلاف فانه متردد بين الأصل المأكول و بين الانصراف عن الأصل لغرض العادة قال الامام ان منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا وان جوزنا بلعها فقد

اليمين الى المالك فان نكل حلف المالك اليمين المردودة و يستحق الاجرة وانما لم يجىء القولان فى هذه الصورة لأن الراكب لايدعى لنفسه حقاً ولم يتلف المنافع على المالك فالمدعى على الحقيقة هو المالك وهناك تلفت المنافع تحت يد الراكب بعد القول باحاطتها فهو الذى جر الخلاف (الحالة الثانية) أن تكون الدابة هالكة فإن تلفت عقب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجرة فالراكب يقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعي الأجرة فتخرج على خلاف ما تقدم فى ان اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ (إن قلنا) نعم سقطت القيمة برده والقول قول من رد الأجرة فيه الطريقان المذكوران فى الحالة الأولى (وان قلنا) لا فان كانت الأجرة مثل القيمة أوأقل اخذها بلا يمين وان كانت اكثر أخذ قدر القيمة وفى المصدق فى الزيادة الخلاف السابق (وقوله) فى الكتاب فالقول قول الراكب معلم - بالميم والزاى - (وقوله) والقول قول المالك معلم - بالحاء - ولا يخفى بعدما ذكرنا فى لفظ الكتاب فى المسألة وان كان مطلقا فالمراد منه القسم الأول من الحالة الأولى (المسألة الثانية) اذا قال المتصرف أعرتني هذه الدابة والارض وقال المالك بل غصبتنيها فان لم تمض مدة لمثلها أجرة فلامعني لهذه المنازعة اذ لم تتلف العين ولا المنفعة ويرد المال الى المالك وان كان النزاع بعد مضي مدة لمثلها أجرة نقل المزنى أن القول قول المستعير والأصحاب فيه ثلاثة طرق (أظهرها) أن الحكم على ما ذكرنا فى المسألة الأولى فيفرق بين الدابة وبين الارض على طريق ويجملان على قولين فى طريق لان المالك ادعى أجرة المثل

تردد شيخي فيها قال الامام والوجه القطع بأنه لا ربا فيها لأنها لا تعد لهذا وفرق صاحب التهذيب بين الصغار والكبار فان الصغار هي التي تبتلع فلذلك قصر ابن عبد السلام في الغاية الخلاف عليها وجزم في الكبار بأنها ليست بربوية وهو مفهوم كلام الامام وجزم صاحب التتمة في السمك الصغير إذا جوزنا ابتلاعه وفي الجراد الحي بجريان الربا فيهما قال الروياني وكذلك جرادة بجرادة يعني فيه وجهان قال ورأيت في الحاوي مايدل على الوجهين في السمك الكبار أيضاً لأن حي السمك في حكم ميته وفي الزعفران وجهان (أصحهما) كما رأيته في الحاوي في القرطم وحب الكتان أنه ربوي وكذلك في البذور الأربعة وفي ماء الزنجبيل وجهان في البحر ونقل في البحر عن الحاوي أن الأصح لا ربا في القرطم وحب الكتان وفي الزنجبيل قال في البحر وعندي الأصح في حب الكتان جريان الربا لأنه يؤكل عادة وليست (١) وقال في البحر الاظهر أن الصمغ ربوي قال الصيمري لا ربا في دهن القرطم والقرع والبان والخاب والآس لأن أصولها لا ربا فيها (قلت) أما القرطم فقد تقدم عن الماوردي أن الأصح كونه ربوياً (وأما) القرع فانه مأكول فلذي ينبغي القطع بأنه ربوي على الجديد وقد تقدم عده في الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه وقد جزم الصيمري في موضع آخر بأنه ليس بربوي صريحاً وهو مشكل وفي الطين الذي يؤكل تفكها تردد للشيخ أبي محمد وقال صاحب التقريب دهن البنفسج ربوي وفي دهن الورد وجهان

(١) بياض بالاصل فحرر

ههنا كما يدعى المدعى هناك والاصل براءة الذمة (والثاني) القطع بأن القول قول المالك بخلاف تلك المسألة لانهما متفقان على الاذن هناك وههنا المالك منكر له والاصل عدمه ومن قال بهذا خطأ المزني في النقل قال أبو حامد لكنه ضعيف لأن الشافعي رضي الله عنه نص في الأم على مانقله المزني (والثالث) القطع بأن القول قول المتصرف لان الظاهر من حاله أنه لا يتصرف إلا على وجه جائز هذا إذا تنازعا والعين باقية أما إذا كانت هالكة نظر إن هلكت بعد مضي مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بجهة الغصب والمتصرف ينكر الأجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية فالحكم في الاجرة على ماذكرنا عند بقاء العين (وأما) القيمة فقد قال في التهذيب (إن قلنا) إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ فلا يأخذها إلا باليمين (وان قلنا) لا يمنع فان قلنا العارية تضمن ضمان الغصب أو لم نقل به ولكن كانت قيمته يوم التلف أكثر أخذها باليمين وان كانت قيمته يوم التلف أقل أخذ بلا يمين وفي الزيادة يحتاج الى اليمين وان هلكت عقيب القبض وقبل مضي مدة يثبت لمثلها أجرة لزمه القيمة ثم قياس مانقلناه عن التهذيب الآن أن يقال (ان جعلنا) اختلاف الجهة مانعا من الأخذ حلف والا أخذ من غير يمين وقضية ما ذكره الامام أنه لا تخريج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة ولا ما اذا كان الاختلاف بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجرة قال لان العين متحدة ولا وقع الاختلاف في الجهة

قال الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة لعله لأن دهن البنفسج يترك ضنة بخلاف دهن الورد لايترك للضنة وقد يقال ان مراده بدهن البنفسج المعلوف الذى يطبق بالسمسم و يعصر و بدهن الورد الذى يلقى فيـه الورد و يمتزج به والحق التسوية وقال ابن أبى الدم فى شرح الوسيط بعد أن نقل قول الامام ولست أفهم الفرق بينهما قال لايتجه بينهما فرق إلا بالنظر إلي العادة فلعل العادة في بعض الأقطار وعرف الناس فيه أن دهن البنفسج يؤكل أو يستصلحونه للأكل ثم يتركون أكله ضنة به فلهذا كان ربويا عند صاحب التقريب والعادة فى دهن الورد مضطربة أو ليس مأكولا عند غالب الناس فلهذا تردد فيه قال ابن أبى الدم وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما يحرم علي المحرم من استعمال الطيب فانا ذكرنا خلافا فى دهن البنفسج ودهن الورد ومنهم من رتب الخلاف وفرق بعادة الناس * قال الامام وذكر الامام وجهين فى اللبان ودهنه وقطع العراقيون بأن دهن اللبان ليس بربوى والظاهر ما قالوه *

﴿ فرع ﴾ الوزن عندنا ليس بعلة للربا فيجوز عندنا بيع رطل حديد برطلين وثوب بثوبين ورطل نحاس برطلين وحيوان بحيوانين نقداً ونسئاً ولا يشترط أن يكون بين المسلم فيه و بين رأس السلم تفاوت علي الصحيح من المذهب فيجوز أن يسلم ثوبا فى ثوب مثله قاله فى التهذيب *

مع اتحاد العين (والظاهر) الاول (وقوله) فى الكتاب والقول قول المالك معلم ـ بالواو ـ لما ذكرنا من اضطراب الطرق وربما أعلم ـ بالزاى ـ لانه قال فى الوسيط قال المزنى والقول قول الراكب وهذا ليس بقويم لان المزنى لم يقل ذلك ولا صار اليه وانما نقله عن الشافعى رضى الله عنه كما تقدم ثم أخذ يعترض عليه واختياره فى المسألة تصديق المالك كما اختار فى المسألة الاولى ولو قال المالك غصبتنيها وقال المتصرف بل أجرتني (فالجواب) تفريعا على الاصح أنه ان كانت العين باقيـة ولم تمض مدة لمثلها أجرة فالمصدق المالك فان حلف استرد المال وان مضت مدة لمثلها أجرة فالمـالك يدعى أجرة المثل والمتصرف يقر بالمسمي فان استويا أو كانت أجرة المثل أقل أخذ بلا يمين وان كانت أجرة المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا يمين والزيادة باليمين قال صاحب التهذيب ولا يجيء ههنا خلاف اختلاف الجهة كما لو ادعى المالك فساد الاجارة والمتصرف صحتها يحلف المالك و يأخذ أجرة المثل وان كان الاختلاف بعد بقاء العين مدة فى يد المتصرف وتلفها فالمالك يدعى اجرة المثل والقيمة والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين وأخذ ما ينكره باليمين ولو قال المالك غصبتني وقال صاحب اليد بل أودعتني فيحلف المالك على الاصح و يأخذ القيمة ان تلف المال وأجرة المثل ان مضت مدة لمثلها أجرة (الثالثة) قال راكب الدابة أكريتنيها وقال المالك بل أعرتكها فان اختلفا والدابة باقية

﴿ فرع ﴾ هل يحرم أكل الطين قال الروياني اختلف أصحابنا منهم من قال يحرم الطين قليله وكثيره وهو اختيار مشايخ طبرستان الامام أبي عبد الله الحناطي وأبي علي الزجاجي والامامين جدي ووالدي رحمهم الله واختاره القفال المروزي، ومنهم من قال لايحرم ولكن يكره وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا إذا لم يضر لقلته فان كان كثيراً يضر فهو حرام و به أفتي وسمعت الشيخ الحافظ البيهقي بنيسابور يقول لم يصح نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في تحريم قليله وهذا هو الصحيح عندي انتهى كلام الروياني في البحر * وذكر الأولون حديثاً لم أستحسن نقله لنكارته ثم بدا لي أن أقوله وأنبه عليه قال احتجوا بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أكل الطين حرام على أمتي » وروى « إذا أبغض الله عبداً ألهمه أكل الطين ونتف اللحية » ﴿ فائدة ﴾ أربع مسائل خلافية ترجع إلى أصل واحد بيننا و بين أبي حنيفة بيع كف حنطة بكفي حنطة وسفرجلة بسفرجلتين والجص بالجص متفاضلا والحديد بالحديد متفاضلا والمسألتان الأولتان ممتنعتان عندنا جائزتان عنده والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده في النقدين قيم الوزن وفي الاربع الكيل فيتعدى إلى كل موزون ومكيل وعندنا العلة في النقدين كونهما قيم الأشياء غالباً فلا يتعدى إلى غيرهما وفي الأربعة (١) فتعدت إلى المطعوم دون المكيل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الشعير في سنبله لايقدر فاذا فرعنا على القديم قال الامام الوجه عندي منع بيع بعضه ببعض فانه من جنس ما يقدر ولا ينظر إلى حاله هذه وليس كالجوز ما دام صحيحاً وهذا تفريعاً

(١) كذا بالاصل فحرر

فالمصدق المالك في نفي الاجارة لان الراكب يدعي استحقاق المنفعة عليه والاصل عدمه فاذا حلف استردها فان نكل حلف الراكب واستحق الامساك ثم ان كان قد مضى مدة لمثلها أجرة فالراكب يقر له بالاجرة والمالك ينكرها ولا يخفى حكمه وان كان الاختلاف بعد هلاك الدابة فان هلكت عقيب القبض فالمذهب أن المالك يحلف و يأخذ القيمة لان الراكب أتلف عليه ماله ويدعى أنه أباحه له والاصل عدمه وخرج قول ممامر في المسألة الاولى أن المصدق الراكب لان الاصل براءة ذمته وان هلكت بعد مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة و ينكر الاجرة والراكب يقر بالاجرة و ينكر القيمة (فان قلنا) اختلاف الجهة يمنع الأخذ حلف وأخذ القيمة ولا عبرة باقرار الراكب (وان قلنا) لا يمنع وهو الاصح فان كانت القيمة والاجرة سواء أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين وان كانت القيمة أكثر أخذ الزياد باليمين *

﴿ فرع ﴾ اذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع لم تلزمه الاجرة ذكره القفال *

﴿ فرع ﴾ اذا مات المستعير وجب على ورثته الرد وان لم يطالب المعير *

على القديم وأما على الجديد فكل مطعوم وان كان لايقدر يمتنع بيع بعضه ببعض عدداً وهل يجوز وزنا فيه وجهان (أحدهما) وهو ظاهر المذهب أنه لايجوز وهذان الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ في التنبيه (الأصح) كما قال الامام لايجوز بيع بعضه ببعض فلو خيف ففيه خلاف مشهور وقد تقدم

﴿ كتاب الغصب وفيه بابان ﴾

﴿ البـاب الأول فى الضمان ﴾

﴿ وفيه ثلاثة أركان (الأول الموجب) وهو ثلاثة * التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية * وحد المباشرة إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والاحراق * وحد السبب إيجاد مايحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال * وعلى من حفر بئراً فى محل عدوان فتردت فيه بهيمة إنسان * فان رداه غيره فعلى المردى تقديماً للمباشرة على السبب ﴾*

للأصحاب طرق في التعبير عن معني الغصب (إحداها) أنه أخذ مال الغير على جهة التعدى وربما يقال الاستيلاء على مال الغير (والثانية) وهى أعم من الأولى أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق واختار الامام هذه العبارة وقال لا حاجة الى التقييد بالعدوان بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كما اذا أودع ثوبا عند انسان ثم جاء وأخذ ثوبا للمودع على ظن أنه ثوبه أو لبسه المودع وهو يظن أنه ثوبه (والثالثة) وهى أعم من الاولين حكى أبو العباس الروياني عن بعض الاصحاب اطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه فهو مغصوب حتى المقبوض بالشراء الفاسد والوديعة اذا تعدى فيها المودع والرهن اذا تعدى فيه المرتهن وأشبه العبارات وأشبهها الأولى وفى الصورة المذكورة الثابت حكم الغصب لا حقيقته وفى الكتاب والسنة مايدل على تحريم الغصب ويشير الى جمل من أحكامه قال الله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وعن أبي بكرة أن النبي ﷺ قال فى خطبته يوم النحر « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا »[1] وعن سمرة

كتاب الغصب

(١) ﴿ حديث ﴾ أبى بكرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته يوم النحر إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا : متفق عليه بهذا وأتم منه من طريق عبد الرحمن بن أبى بكرة عن أبيه *

﴿ فوائد ﴾ قد تقدم عن الامام النووى رضى الله عنه أن الخلاف فى علة الربا على مذاهب ويرجع حاصل القول فى النقدين والأشياء الأربعة إلى أن العلة فى تحريم ربا الفضل فى الأشياء الستة ماهو مقصود من كل صنف والأربعة مجتمعة فى مقصود الطعم على القول الجديد عندنا والنقدان مجتمعان فى جوهر النقدية وانما ذكرنا جوهر النقدية لأن التبرليس نقداً فى عينه وكذلك الحلى والاوانى فان الربا جار فيها لنصه صلى الله عليه وسلم على الذهب والفضة وهو يعم المطبوع وغير المطبوع * وعبارة القاضى حسين فى ذلك أحسن قال لخصت منها عبارة جامعة للكل وهو أن العلة فى النقدين جوهر يطبع منه قيم الأشياء * قال صاحب التتمة وقد قال طائفة من أصحابى إن الذهب والفضة ليسا بمعللين والربا فيهما لعينهما لا لعلة فيهما وتعليل الشافعي رضى الله عنه بالثمنية اشارة الى هذا لأن الثمنية لاتعدوهما وقد تقدم أن الربا ثلاثة أقسام وزاد صاحب التتمة ربا رابعاً وهو كل قرض جر نفعاً ﴿ فائدة ﴾ تعلق من قال ان العلة الوزن فى الموزون والكيل فى المكيل بما روى عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر خبيث فذكر الحديث إلى أن قال

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «على اليد ماأخذت حتى تؤديه»(١) وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة»(٢) والاجماع منعقد على تحريم الغصب وتعلق الضمان به ثم المغصوب إما أن يتلف قبل العود الى يد المالك أولا يتلف وحينئذ فاما أن يعود الي المالك من غير تغيير فيه واما ان يتغير بطاري فخص المصنف كلام الكتاب فى بابين (أحدهما) فى الضمان عند التلف (والثانى) فى الطوارىء وأحكامها (أما الاول) فالحاجة فيه إلى معرفة مايوجب الضمان وما يجب ضمانه وما يوجب ضمانا فهذه ثلاثة أركان (الاول) الموجب والغصب وان كان موجباً

---

(١) ﴿ حديث ﴾ سمرة على اليد ما أخذت حتى تؤديه : تقدم فى الباب قبله *

(٢) ﴿ حديث ﴾ أبى هريرة من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين يوم القيامة مسلم بلفظ من أخذ وفى رواية من اقتطع وزاد بغير حقه واتفقا عليه من حديث عائشة بلفظ من ظلم وعن سعيد بن زيد بلفظ من اقتطع والبخارى عن ابن عمر وله عندهم ألفاظ وفى الباب عن يعلى ابن مرة فى صحيح ابن حبان ومسندى أبى بكر بن أبى شيبة وأبى يعلى والمسور بن مخرمة رواه العقيلى فى تاريخ الضعفاء وشداد بن أوس فى الطبرانى الكبير وحكم أبو زرعة بأنه خطأ وسعد بن أبى وقاص فى الترمذى والحكم بن الحرث السلمى فى الطبرانى أيضاً وأبى شريح الخزاعى فيه وابن مسعود عند أحمد وابن عباس فى الطبرانى (تنبيه) لم يروه أحمد منهم بلفظ من غصب نعم فى الطبرانى من حديث وائل بن حجر من غصب رجلا أرضاً لقى الله وهو عليه غضبان *

وقال في الميزان مثل ذلك وفي رواية وكذلك التمر ان قالوا أراد الموزون (والجواب) أن المراد بذلك استواء الوزن في الأشياء التي بين الربا فيها في أحاديث أخر وورد في رواية وكذلك كل ما يكال أو يوزن بسند ضعيف قد تقدم الكلام اه * وروى الدارقطني من حديث عبادة وأنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به » ولكنه ضعيف قال الدارقطني لم يروه عن أبي بكر عن الربيع هكذا وهو ابن صبيح هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ * والربا بكسر الراء مقصور وعن القاضي أنه يفتح و يمد * قال ابن الرفعة الربا في الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بازائه ولا تقرب إلى الله سبحانه وتعالى ولا إلى الخلق قال فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب إلى الله تعالى الصدقة والى الخلق الهدية والهبة (قلت) وهذا يرد عليه القمار بل هذا هو حد القمار فانهم ذكروا الفرق بين القمار و بين البيع أن القمار[1] وانما الحد الصحيح للربا في الشرع ما نقله الروياني في البحر وقد كتبته في غير هذا * والجاورس - بالجيم - والسين - المهملة الحب الذي يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن في جميع أحواله وهو ثلاثة أصناف وهو معرب كاورس حكي ذلك عن مجمع البحرين الفرغاني ﴿فائدة﴾ اشتهر عن مذهبنا التعليل بالعلة القاصرة ومن أمثلتها تعليل تحريم الربا في النقدين بالنقدية وقال إمام الحرمين في البرهان ان كان كلام الشارع

(١) كذا بالاصل فحرر

للضمان فالموجب غير منحصر فيه بل الاتلاف أيضاً موجب بل هو أقوى فانه بمجرده يوجب اشغال الذمة بالضمان والغصب بمجرده لا يوجبه وانما يوجب دخول المغصوب في ضمانه حتى اذا تلف اشتغلت الذمة بالضمان والاتلاف قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالسبب فصارت الاسباب ثلاثة التفويت بالمباشرة والتفويت بالتسبب واثبات اليد العادية وهو الغصب (أما التفويت) بالمباشرة والتسبب فاول مبدئه بيانهما والفرق بينهما واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشئ اما أن يكون بحيث يضاف اليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية أولا يكون كذلك ومالا يكون كذلك فاما ان يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول مايضاف اليه الهلاك أولا يكون كذلك فالذي يضاف اليه الهلاك يسمى علة والاتيان به مباشرة ومالا يضاف اليه الهلاك ويقصد بتحصيله مايضاف اليه يسمى سبباً والاتيان به تسبباً وهو القصد والتوقع قد يكون لتأثير بمجرده فيه وهو علة العلة وقد يكون بانضمام أمور اليه هي غير بعيدة الحصول وقد يخص اسم السبب بالنوع الاول وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول كتاب الجراح وأما ههنا فانه فسر السبب بمطلق مايقصد به حصول العلة وفسره في الديات بما هو أعم من ذلك فقال السبب مايحصل الهلاك عنده بعلة سواه ولكن لولاه لما أثرت العلة فلم يعتبر الا أنه لابد منه وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب

نصاً لايقبل التأويل فلا يرى للعلة القاصرة وقعاً ولـكن يمتنع عن الحكم بفسادها وانما نفيد إذا كان قول الشارع ظاهراً يتاتى تأويله ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلا دون القليل فاذا سحبت عليه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعلة أخرى لاتنزل مرتبتها عن المستنبطة القاصرة ثم فيه ريب وهو أن الظاهر كان متعرضاً للتأويل ولو أول لخرج بعض المسميات ولأزيل الظاهر إلى ماهو نص فيه فالعلة فى محل الظاهر كأنها ثابتة فى مقتضى النص منه متعدية إلى ما اللفظ ظاهر فيه عاصمة له عن التخصيص والتأويل فكان ذلك إفادة وان لم يكن تعديا حقيقيا ولا يتجه غير ذلك فى العلة القاصرة ثم قال (فان قيل) قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتبيعوا الورق بالورق » الحديث نص أو ظاهر فان زعمتم أنه نص بطل التعليل بالنقدية وان كان ظاهراً فالأمة مجتمعة على اجرائه فى القليل والكثير فقد صار بقرينة الاجماع نصاً (قلت) أما الحظ الأصولى فقد وفينا به والأصول لاتصح على الفروع فان تخالفت مسألة فليمتحن بحقيقة الأصول فان لم يصح فليطرح هذا كلام الامام واعترض عليه الأنبارى الشارح وقال ان القاصرة مقيدة مطلقاً سواء كانت مستنبطة من ظاهر أو من نص وقول الامام يلزم

ولما فسر فى الابواب بتفاسير مختلفة اختلف اعتبار الحفر مع التردى فسمى الحفر ههنا وفى الديات سبباً وامتنع منه فى أول الجراح واقتصر على تسميته شرطاً وفى الجملة فيكفى للتأثير فى الاموال مالا يكتفى به للتأثير فى القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الاحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الاحكام عليه ثم انه اندفع فى بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على اتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الاتلاف ومنه مااذا حفر بئراً فى محل عدوانا فتردت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رداه غيره فالضمان على المردى لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفى موضع عدان الحفر يستقصى فى الجنايات ان شاء الله تعالى (وقوله) فى الكتاب والموجب وهو ثلاثة ظاهره يقتضى حصر أسباب الضمان فى الثلاثة وقد يقال كيف حصرها فى الثلاثة وله أسباب أخر الاستيام والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الاسباب التى ضمنها قدما الاصحاب هذا الباب فاما ماعداها فلها مواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو فى السبب حسن لأنه طريق للتفويت كما أن المباشرة طريق لـكن ادخالها فى اثبات اليد العادية لايحسن لأنه سبب للضمان برأسه لا لأنه طريق للتفويت (وقوله) وحد المباشرة إيجاد علة التلف أى مباشرة التفويت ولفظ الايجاد لا يستحبه المتكلم الا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعلة التلف ماذكرنا من أنه يضاف اليه التلف فى العرف وانما قلنا انه اضافة حقيقية لأن الهلاك قد يضاف الى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لـكنه مجاز بدليل

منه ان المتقدمة المقتضية للتخصيص لاتقدم على القاصرة إلا إذا كانت مترقية فى الرجحان عن رتبتها وهذا غير مايهيؤا لان تكون معارضة للمتعدية والحق ان القاصرة مقيدة مطلقاً كما أشار إليه الشارح وقد ذكر الأصحاب من الأصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعد إلى غيرها وانه ربما حدث ما يشاركه فى المعنى فيتعدى الحكم اليه فهذه ثلاث فوائد والذى قاله الامام فى منعها التخصيص فى الظاهر فائدة أخرى جليلة لكنا نقول لاتنحصر الفائدة فيها (وقوله) ان الأمة مجمعة على إجرائه فى القليل والكثير فصار كالنص (يمكن) أن يقال ان القليل إذا انتهى فى القلة إلى حد لايوزن لاتجمع الأمة عليه بل أبو حنيفة يخالف فيه كمخالفته فى بيع تمرة بتمرتين فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة كذا قال الفرغانى فى شرح الهداية من كتبهم فيمكن استعمال العلة وهى جنس الأثمان فى ذلك ومنع تخصيص العموم فيه وتحصيل الفائدة التى حاولها الامام وَالافا آخر كلامه المذكور في البرهان يشير إلى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذى مهده وهو مع ذلك لايرى أن يضيف الحكم إلى العلة المتعدية وهى الوزن كما يقوله أبو حنيفة رضى الله عنه لأن التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه (منها) أنه طرد لامناسبة

صحة النفى عنه (وقوله) إيجاد مايحصل الهلاك عنده لفظة عنده ههنا ليست للحصر والمقارنة وانما المراد عقيبه أو ماأشبه ذلك (وقوله) اذا كان السبب اعادة لفظ السبب فى حد السبب وتفسيره مما لا يستحسن ولو طرحه لانتظم الكلام *

قال ﴿ ولو فتح رأس زق فهبت ريح وسقط وضاع فلا ضمان * لأن الضياع بالريح ولا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فهو كما لو فتح الحرز فسرق غيره * أو دل سارقا فسرق * أو بنى داراً فألقى فيها الريح ثوبا وضاع أو حبس المالك عن الماشية حتى هلكت فلا ضمان فى شيء من ذلك وكذا اذا نقل صبياً حراً الى مضيعة فافترسه سبع * ولو نقله الى مسبعة أو فتح الزق حتى أشرقت الشمس وأذابت مافيه ففى الضمان خلاف لأن ذلك يتوقع فيقصد * وكذلك نقول اذا غصب الامهات وحدثت الزوائد والاولاد فى يده مضمونة وكان ذلك تسبباً الى اثبات اليد * ولو فتح قفص طائر فوقف ثم طار لم يضمن لانه مختار * وان طار فى الحال ضمن لان الفتح فى حقه تنفير * وكذا البهيمة والعبد المجنون المقيد بمنزلة البهيمة * وان كان العبد عاقلا فلا يضمن من فتح باب السجن وان كان آبقاً * ولو فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ضمن لان التقاطر حصل بفعله * ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب وضاع فالثانى بالضمان أولى * وقيل لاضمان عليهما ﴾ *

فيه (ومنها) جواز إسلام الدراهم والدنانير فى الموزونات فليس بطلان المتعدية هنا بمعارضة القاصرة لها(وأما) فى غير هذا الموضع فالاستاذ أبو اسحاق يرجح القاصرة على المتعدية لمعارضة النص لها والجمهور يرجحون المتعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدى والقصور قال الأنبارى وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وانما ترجح العلل بقوتها فى نفسها واضطرب كلام الامام فى الربويات فتارة يميل الى التعبد وابطال التعليل وأخذ الربا فى كل المطعومات من قوله «لاتبيعوا الطعام بالطعام» وتارة يميل إلى القياس وكلامه فى ذلك مضطرب وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة فى هذا المحل وقد أبديناه فى محل الاختلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الرافعى رحمه الله وعن الأودنى من أصحابنا انه تابع ابن سيرين فى أن العلة الجنسية حتى لايجوز بيع مال بجنسه متفاضلا وقال النووى رحمه الله فى الروضة قال الأودنى من أصحابنا لايجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ولا يشترط الطعم انتهى ما قالاه وأنا أخشى أن يكون غلطاً فان الذى نقله القاضى حسين عن الأودنى أن العلة هى الجنسية والطعم شرطها وجعل ذلك مقابلا لما قاله الحليمى وصححه القاضى من أن العلة الطعم والجنس محلها

فى الفصل مسألتان (إحداهما) لو فتح رأس زق فضاع مافيه نظر ان كان مطروحا على الارض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن وان كان منتصباً لايضيع مافيه بالفتح لو بقى كذلك لكنه سقط نظر إن سقط بفعله كما لوفتح رأسه فأخذ مافيه فى التقاطر شيئاً فشيئاً حتى أميل أسفله وسقط ضمن لان السقوط بالميلان الناشىء من الابتلال الناشىء من التقاطر الناشىء من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح وان سقط بامر عارض من زلزلة أو هبوب ريح أو وقوع طائر فلا ضمان لأن الهلاك لم يحصل بفعله ولا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض وعن مالك فيما ذكره المسعودى انه يجب الضمان لأنه لولا الفتح لما ضاع مافيه بالسقوط ولو جاء انسان وأسقط فالضمان عليه لا على الفاتح ولو أنه لما فتح رأسه أخذ مافيه فى الخروج ثم جاء آخر ونكسه مستعجلا فضمان الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه وجهان (أصحهما) الثانى هذا إذا كان مافى الزق مائعاً أما إذا كان جامداً فشرقت الشمس فاذا بته فضاع أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان (أحدهما) أن الضياع انما حصل بعارض الشروق فاشبه هبوب الريح (وأصحهما) الوجوب لأن الشمس تذيب ولا تخرج فيكون الخروج بفعله وكأن الشمس كما يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح فانه ليس مما ينتظر وعن القاضى الحسين اجراء الوجهين فيما اذا زال أوراق الكروم وجرد عنا قيدها للشمس حتى أفسدتها وطرد أيضاً فيما اذا ذبح شاة انسان فهلكت سخلتها أو حمامته فهلك فرخها لفقدان مايصلح لها ولو جاء آخر وقرب ناراً من

والشرط عدم التساوى والمملول فساد العقد ولما قاله بعض الأصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوى والمملول الفضل فلعل من نقل عن الاودنى اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرده أنه لايشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم *

﴿ باب بيع الأصول والثمار ﴾

الأصول ههنا المراد بها الأشجار وكل ما يثمر مرة بعد أخرى وأبعد من قال ان اسم الأصل يشمل البناء والشجر وأبعد منه قول من قال أن المراد به الأرض والشجر معاً والثمار * والمقصود بهذا الباب أمران (أحدهما) بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعاً لها وفيما لايكون وفى حكم ذلك فان ذلك مما يطول النظر وقد بوب الشافعي رضى الله عنه على ذلك في الأم باب ثمر الحائط يباع أصله فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله بيع الأصول (والثانى) الكلام فى الثمار إذا بيعت وما يختص بها من الشروط التى لاتشترط فى غيرها من المبيعات فان شروط المبيع (منها) ما هو عام وهى الخمسة التى ذكرها المصنف فى باب مايجوز بيعه (ومنها) مايختص بالربويات وأفرد له باب الربا

الجامد حتي ذاب وضاع فوجهان (أحدهما) أنه لاضمان على واحد منهما (أما الأول) فلأن مجرد الفتح لايقتضى الضمان (وأما الثانى) فلأنه لم يتصرف فى الظرف ولا فى المظروف (وأظهرهما) وهو اختيار صاحب المهذب وجوب الضمان على الثانى لأن تقريب النار منه تصرف بالتضييع والاتلاف والوجهان جاريان فى تقريب الفاتح النار منه وفيما اذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء انسان وقرب منه النار ولو حل رباط سفينة فغرقت بالحل ضمن ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن وان لم يظهر سبب حادث فوجهان مذكوران فى المهذب والتهذيب وليكن الأمر كذلك فى مسألة الزق إذا لم يظهر حادث اسقوطه (الثانية) لو فتح قفصاً عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه لأنه أتلفه على مالكه وان لم يزد على فتح القفص فطار الطائر فاما أن يطير فى الحال أو يقف ثم يطير فاما فى الحالة الأولى فطريقان (أظهرهما) أن فى وجوب الضمان قولين (أحدهما) أنه لايلزمه الضمان لأن للحيوان قصداً واختياراً ألا ترى أنه يقصد ماينفعه ويتوقى المهالك وغاية الموجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه فتقدم عليه مباشرة الطائر واختياره (وأظهرهما) اللزوم لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه فاذا طار عقيب الفتح اشعر ذلك بانه نفره (والثانى) القطع بالقول الثانى ومنهم من فرق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب وبين أن يضطرب ثم يخرج فيدل ذلك على فزعه وتنفره (وأما) فى الحالة الثانية فطريقان أيضاً (أحدهما) أنه على قولين (وأظهرهما) القطع بنفي الضمان لأن الطيران بعد الوقوف امارة ظاهرة على أنه طار باختياره واذا اختصرت قلت فى المسألة ثلاثة أقوال (أحدها)

وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه فى كل وقت وشدة خطره لقيام الاجماع عليه (ومنها) مايختص بالثمار فافرده فى هذا الباب وبدت علة الشافعى بأن الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار وجعله عقيب باب ثمر الحائط يباع أصله لجعله المصنف مع الأصول فى باب واحد ليعـاق كل منهما بالآخر وقدم الاصول على الثمار تأسياً بالشافعى ولأنها متقدمة طبعاً وقد قيل إن المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه فلعله قدم بيع الاصول فى مختصر التفريع بعده بمقصود الباب وليس كذلك ولم يقع الكلام فى بيع الأصول مختصراً بل طال أكثر من الـكلام فى بيع الثمار بل ذلك لما قدمته من تبويب الشافعى وهما مقصودان واستلزم الكلام فى الاصول الكلام فى الأرض لأن بيع الأصول قد يكون مستقلا وقد يكون تبعاً للأرض ولهذا قال المصنف فى التنبيه بعد أن قال دخل البناء والغراس قال فان كان له حمل إلى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للأصول لايشترط فيها افراد الأصول بالعقد بل يشمل صورة افرادها وصورة ما اذا كانت تابعة للأرض فانه جعل الـكلام فيما اذا كانت تابعة فيدل على الصورة الأخرى بطريق أولى واستطرد من ذلك فى المهذب الى ما يتبع لفظ الأرض أو نحوها من

أن يضمن مطلقاً وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو خلف السلمى والقاضى الرويانى وغيره من الأصحاب (وثانيها) لايضمن مطلقا (وأظهرها) أنه يضمن ان طار فى الحال ولا يضمن ان وقف ثم طار وروى عن أبى حنيفة مثله وأيضا مثل القول الثانى وهو أشهر وذكر العراقيون أن الثانى هو قوله فى القديم وفى التهذيب عن طريقة القولين فى الحالة الثانيـة أن القديم لأيضمن وفيما جمع من فتاوى القفال وغيره تفريعا على وجوب الضمان اذا طار فى الحال أنه لو وثبت هرة كما لوفتح القفص ودخلت وقتلت الطائر لزمه الضمان كأنهم جعلوا الفتح اغراء للهرة كما أنه تنفير للطائر وانه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط وانـكسر وجب ضمانه على الفاتح وأنه لو كسر الطائر فى خروجه قارورة انسان لزمه ضمانه لأن فعل الطائر منسوب اليه وانه لو كان شعير فى جراب مسدود الرأس وبجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار فى الحال لزمه الضمان واذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل فخرجت فضاعت فالحـكم على ماذكرنا فى فتح القفص وحكى الامام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والانسى ويحمل خروج الانسى على الاتصال كخروج النافر على الانفصال قال وهذا منقاس ولكنى لم أره الاله واذا خرجت البهيمة فى الحال وأتلفت زرع انسان فعن القفال انه ان كان نهاراً لم يضمن وان كان ليلا ضمن كما فى دابة نفسه وقال العراقيون لايضمن اذ ليس له حفظ بهيمة الغير من الزرع عليه ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب فهو كما لو حل رباط البهيمة وان كان عاقلا نظر ان لم يكن آبقاً فلا ضمان لان له اختياراً صحيحاً وذهابه

غير الثمار وان لم يكن ذلك فى ترجمة الشافعى التى هى مقتصرة على الثمار كالزروع والخوابى والمعادن وغيرها وقد تعرض الشافعى فى مسائل الباب اليها وقدم المصنف الكلام فى بيع الارض لأنه مستلزم لبيع الأصول المستلزم لبيع الثمار وهو فى كلام الشافعى مذكور فى أثناء الباب ولا يستنكر كون الداخل فى عقد البيع يسمى مبيعاً لأنه انما انتقل بحكم البيع والله أعلم * وقد رأيت الترجمة الأولى وهى أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد بن بشري المصرى فى كتابه المسمى بالمختصر المنبه من علم الشافعى * قال المصنف رحمه الله *

﴿ إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت فان قال بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها وان لم يقل بحقوقها فقد قال فى البيع يدخل وقال فى الرهن لايدخل واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق (فمنهم) من قال لايدخل فى الجميع لأن الارض ليست بعبارة عن الغراس والبناء وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها (ومنهم) من نقل جوابه فى الرهن الى البيع وجوابه فى البيع الى الرهن وجعلها على قولين (أحدهما) لايدخل فى الجميع لأن الأرض اسم للعرصة

محال عليه وان كان آبقا ففيه خلاف للاصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة لانه أطلقه وقد اعتمد المالك ضبطه فأتلفه عليه فعلى هذا يجيء فيه التفصيل السابق وهذا ما اورده فى التهذيب (والأظهر) أنه لاضمان بحال كما فى غير الآبق وهو المذكور في الكتاب ولو وقع طائر علي جداره فنفره لم يضمن لانه كان ممتنعاً من قبل ولو رماه فى الهواء فقتله ضمن سواء كان فى هواء داره أو في غيره اذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه هذا شرح المسألتين وكانت صورة المسألة الأولى مبددة فى الكتاب فنظمناها وقد أدرج فى خلالها صوراً الاستشهاد لانهملها وان كانت تأتى فى الشرح فى مواضعها (منها) لو فتح باب الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق أو أمر غاصباً حتى غصب اوْ بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً فضاع لاضمان عليه لانه لم يوجد منه اثبات يد على المال ولا مباشرة اتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به اما فى الصورة الاخيرة فلا تسبب أصلا لانه لايقصد ببناء الدار ذلك وأما فيما سواها فلانه طرأ عليه مباشرة المحتاز فانقطعت الاضافة الى السبب (ومنها) لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت لاضمان عليه لانه لم يتصرف فى المال وانما تصرف فى المالك وكان هذا التصوير فيما اذا لم يقصد منعه عن الماشية وانما قصد حبسه فافضى الامر الى هلاكها لان أبا سعيد المتولى أجرى الوجهين المذكورين فيما اذا فتح الزق عن جامد فذاب مافيه بشروق الشمس وضاع وفيما اذا كان زرع ونخيل وأراد سوق الماء اليهما فمنعه ظالم من السقى حتى فسدت هل يلزمه الضمان (ومنها) لو نقل صبيا حراً الى مضيعة فاتفق سبع فافترسه لاضمان عليه احالة للهلاك على

دون ما فيها من الغراس والبناء. (والثانى) يدخل لأنه متصل بها فدخل فى العقد عليها كسائر أجزاء الأرض (ومنهم) من قال فى البيع يدخل وفى الرهن لايدخل لان البيع عقد قوى يزيل الملك فدخل فيه الغراس والبناء والرهن عقد ضعيف لايزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء ﴾.

﴿ الشرح ﴾ الارض مؤنثة وهى اسم جنس لم يأت واحده بالهاء والغراس يستعمل فى الشجر يقال غرست الشجر أغرسه و يقال للنخلة أول ماتنبت غريسة قاله الجوهرى وغيره (أما) الاحكام فقد قال الاصحاب إذا قال بعتك هذه الارض أو العرصة أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أوغراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك فى البيع بلا خلاف وان قال بما فيها من البناء والغراس دخل البناء والغراس بلا خلاف وكذلك اذا قال بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوته اقطارها وان قال بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور وصرح الشيخ أبو حامد بنفى الخلاف فيه وكذلك يقتضيه ايراد أكثر الاصحاب لكن الامام حكى أن من أئمتنا من قال لايدخل محتجاً بما قاله القاضى حسين قبله على سبيل الاشكال أن اسم الحقوق انما يقع على الطريق ومجارى الماء وما أشبهها ورأى الامام أن هذا أقيس وهو كما رأى الا أن يثبت عرف عام باستتباع الارض للشجر أو

اختيار الحيوان ومباشرته وأنه لايقصد بالنقل ذلك أما اذا كان نقله الى مسبعة فافترسه سبع فقد حكى صاحب الكتاب وجهين الحاقا بالوجهين فى مسألة شروق الشمس (والمشهور) من مذهبنا أنه لاضمان وانما يوجبه أبو حنيفة (وأما) قوله وكذلك نقول اذا غصب الامهات وحدثت الزوائد بالاولاد في يده مضمونة فهذا وان كان مذكوراً على سبيل الاستشهاد لكنه يشتمل على مسألة مقصودة فى الباب وهى أن زوائد المغصوب منفصلة كانت كالولد والثمرة والبيض أو متصلة كالسمن وتعلم الصنعة مضمونة على الغاصب كالأصل سواء طالبه المالك بالردة أو لم يطالبه و به قال أحمد وقال أبو حنيفة هى أمانة لايضمنها إلا بما يضمن سائر الأمانات وروى مثله عن مالك * لنا انغصب الأم يتضمن منع حصول الولد من يد المالك فليكن كازالة يده عنه كما أن من غر بحرية أمة فأحبلها كان الولد حراً وضمن قيمته لأنه باعتقاد حرية الأم يقع دخول الولد فى ملكه فجعل كاتلاف ملكه وأيضاً فان اليد العادية مضمونة كالاتلاف ثم الاتلاف قد يكون على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب وكذلك اليد واثبات اليد على الأصول تسبب إلى إثبات اليد على الأولاد فليتعلق به الضمان وهذا معني قوله فى الكتاب وكان ذلك تسبباً إلى اثبات اليد واستشهد بالمسألة بقوله ان ذلك يتوقع فيقصد ولتطرد هذه القاعدة ذهب بعضهم الى أنه اذا غصب هادى القطيع فتبعه القطيع أو البقرة فتبعها العجل يضمن القطيع والعجل *

بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد وقد رأيت ابن حزم الظاهرى ادعى الاجماع فى كتابه المحلى على أن من اشتري أرضاً فهى له بكل مافيها من بناء قائم أو شجر ثابت وهذه دعوى منكرة وهى باطلاقها تشمل ما إذا قال بحقوقها ولما اذا لم يقل بل هى ظاهرة فى الثانى والخلاف مشهور فى المذهب كما سيأتى ولم يبلغني فى هذه المسألة شيء عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبى حنيفة ومالك استتباع الارض للغراس والبناء كما نص عليه الشافعى والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلهم تبعوهم فى ذلك فان لم يكن فى المسألة اجماع كما ادعاه ابن حزم فلا شك أن للنظر فيها مجالا والا فيلغو ما أثبته الاصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف وان كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الامام هنا وان لم يقل بحقوقها فقد اختلف الاصحاب على طرق (احداها) أن البناء والغراس لايدخلان فى البيع ولا فى الرهن لأن اسم الارض لايشمل ذلك لغة ولاعرفا ولا دليل على تبعيتها لهما من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول وهذا هو القياس وهى طريقة أبى العباس

قال ﴿ أما اثبات اليد فهو مضمن * واذا كان عدوانا فهو غصب * والمودع اذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب * واثبات اليد في المنقول بالنقل الا فى الدابة فيكفى فيها الركوب (و) * وفى الفراش الجلوس عليه فهو غاية الاستيلاء * وفى العقار (ح) يثبت الغصب بالدخول وازعاج المالك * وان أزعج ولم يدخل لم يضمن * وان دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن * وان قصد صار غاصباً للنصف والنصف فى يد المالك * والضعيف اذا دخل دار القوى وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن * لأن المقصود غير ممكن * وان لم يكن القوى فيها ضمن لانه فى الحال مستول وأثر القوة فى القدرة علي الانتزاع * فهو كما لو غصب قلنسوة ملك ضمن فى الحال ﴾*

السبب الثالث اثبات اليد العادية وينقسم الى مباشرة بأن يغصب الشيء ويأخذه من مالكه والى التسبب وهو فى الأولاد ويتأيد بالزوائد كما مر أن اثبات اليد على الأصول بتسبب الى اثباتها على الفروع (وقوله) فى الكتاب اثبات اليد فهو مضمن يعنى اثبات اليد العادية كما ذكر فى أول الركن لامطلق اثبات اليد (وقوله) فاذا كان عدوانا فهو غصب يعني اذ كان عدوانا بمباشرته ويمكن أن يحمل قوله ان اثبات اليد مضمون على أنه جهة للضامن فى الجملة فاذا انضمت اليه العدوانية فهو غصب اما المباشرة أو التسبب وهذا أحسن واللفظ اليه أقرب لكنا صرح بالأول فى الوسيط والظاهر أنه أراد ههنا ماصرح به هناك (وقوله) واذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب هذه الصورة وحكمها مذكورة فى الوديعة والداعي الى ذكرها فى هذا الموضع أن أبا حنيفة يقول غاصب الأصل وان أثبت اليد على الولد لكنه لم تزل يد المالك فيه والغصب عبارة عن ازالة يد المالك فمنع الأصحاب اعتبار قيدا لازالة

ابن سريج لكنها خلاف ظاهر نص الشافعي فانه قال فى الأم والمختصر وكل أرض بيعت فللمشترى جميع مافيها من بناء وأصل فاحتاج من ذهب إلى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعى فى البيع على ماإذا قال بحقوقها (وقوله) فى الرهن على ماإذا أطلق لكن يتوجه على هؤلاء من الأشكال ماأورده القاضى حسين وغيره أن ذلك إذا لم يدخل عند الاطلاق ينبغى أن لايدخل ولو قال بحقوقها لأن اسم الحقوق لايشمله وانما يشمل الممر ومسيل الماء ومطرح القمامات وما أشبهها وهو اشكال قوى وحينئذ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعى ولما نقلناه عن مذهبى أبى حنيفة ومالك وما اقتضاه اطلاق من نقل الاجماع ان ثبتت عن المتقدمين وقد جعل الامام والغزالى فى الوسيط هذه الطريقة هي الأصح وشذا فى ذلك وان كان القياس يقتضيه ولعمرى إن لم يثبت اجماع أو نص فالحق ماقالاه وقد جهدت

فى الغصب واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب وبأنه لوطولب بولد المغصوب فامتنع كان غاصباً وان لم تزل يد المالك ولمن ينازع أن يقول لاغصب فى الصورتين لكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره فى الأمانة فى الجحود والامتناع ثم تكلم فيما تثبت به اليد العادية فى العقار والمنقول (أما المنقول) فالأصل فيه النقل لكن لو ركب دابة الغير أو جلس على فراشه ولم ينقله فقد حكي الامام فيه وجهين (أحدهما) أنه لابد من النقل كما أنه لابد منه فى قبض المبيع وسائر العقود (وأصحهما) وهو المذكور فى الكتاب أنه يكون غاصباً لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء ولمن نصره أن يجيب عن احتجاج الأول بأن القبض فى البيع له حكمان دخوله فى ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل (والثانى) تمكنه من التصرف فالركوب إما أن يكون باذن البائع أو دون إذنه فان إذن البائع فالتمكن حاصل وان لم يأذن فلا يتمكن لكن الحكم فى النقل بغير اذنه مثله فاذا لافرق ويشبه أن تكون المسألة مصورة فيما اذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما اذا لم يقصده ففي التتمة فى كونه غاصباً وجهين قال وهذا اذا كان المالك غائباً أما اذا كان حاضراً فان زحمه وجلس على الفراش ضمن وكذا ان لم يزحمه وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه وقياس ما سيأتى فى نظيره فى العقار أن لا يكون غاصباً الا لنصفه وأما العقار فاما أن يكون مالكه فيه أو لا يكون ان كان فيه فأزعجه ظالم ودخل الدار باهله على هيئة من يقصد السكنى فهو غاصب سواء قصد الاستيلاء أم لم يقصد فان وجود نفس الاستيلاء يغنى عن قصده ولو سكن بيتاً من الدار ومنع المالك عنه دون باقى الدار فهو غاصب لذلك البيت دون باقى الدار فان أزعج المالك لكنه لم يدخل الدار فقد أطلق ههنا وفى الوسيط أنه لايضمن واعتبر دخول الدار فى غصبها لكن قدم في البيع انه لايعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه وانما المعتبر التمكن من التصرف بالتخلية وتسليم المفتاح

فى تطلب نفس هذه المسألة فلم أجده إلا نصه صلى الله عليه وسلم علي أن من باع نخلا مثمرة فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع والاصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأبيد بخلاف الثمرة وقد يحتجون به لأنه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبرة فى البيع ولا يشملها اسم النخلة ولكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك والطريقة الثانية نقل جوابه من البيع إلى الرهن ومن الرهن إلى البيع وتخريج المسألتين على قولين (أحدهما) يدخل البناء والشجرة عند الاطلاق فى البيع والرهن لأن البناء والشجر بمنزلة أجزاء الأرض وأجزاء الأرض تدخل عند الاطلاق فكذلك هذه والقول الثانى ان الأرض مبيعة ومرهونة دون مافيها لعدم تناول الاسم وهاتان الطريقتان مشتركتان في التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف مايقتضيه نص الشافعى وايراد الحنابلة فى كتبهم يوافق

اليه واذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضاً وجب ان يكون حصوله بالتسليط فى أخذ المفتاح بالقهر غصباً وان لم يوجد الدخول وهذا مايدل عليه كلام عامة الأصحاب فانهم لم يعتبروا الا الاستيلاء ومنع المالك عنه ولم يذكر الامام المسأله كما ذكرها صاحب الكتاب ولكن قال لايحصل الغصب بنفس الازعاج فانه بمثابة منع المالك عن ماشيته وحمل هذا على ما ذكره الا كثرون هين ولو لم يزعج المالك ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار لاجتماع يدهما واستلائهما عليه نعم لو كان الداخل ضعيفاً والمالك قوى لايعد مثله مستولياً لم يكن غاصباً لشيء من الدار ولا عبرة بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما اذ لم يكن مالك العقار فيه ودخل علي قصد الاستيلاء فهذا غاصب وان كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قويا لأن الاستيلاء حاصل فى الحال وأثر قوة المالك سهولة إزالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك يكون غاصباً وان سهل علي المالك انتزاعها وتأديبه وفيه وجه أنه لايكون غاصباً لأن مثله فى العرف يعد هزأ لا استيلاء وان دخله لاعلى قصد الاستيلاء لينظر هل يصلح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصباً قال فى التتمة لكن لو انهدمت في تلك الحالة هل يضمنها فيه وجهان (وأصحهما) لابخلاف المنقول وفرق بينهما بأثر اليد علي المنقول حقيقة فلا يحتاج فى إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة قصد الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجع إلى الأصح والا فوجهان جاريان فى المنقول على ما سبق (وقوله) فى الكتاب إلا فى الدابة وفى الفراش ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفراش ولا شيء فى المنقولات فيكفى على وجه (وقوله) وفى العقار يثبت الغصب معلم ـ بالحاء ـ لأن عند أبى حنيفة لايثبت فيه الغصب لنا ان العقار تثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمنقول (وقوله) بالدخول وازعاج المالك اعتبار الدخول والازعاج جميعاً وفى اعتبار الدخول ماذكرنا فيجوز أن يعلم (قوله) بالدخول بالواو وكذا (قوله)

هذه الطريقة الثانية فانهم ذكروا وجهين والقول المنصوص مع المخرج وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل وادعي الشاشي فى الحلية أنها أصح الطرق وان أصح القولين منها أنها تدخل فى البيع والرهن جميعاً وكذلك يقتضيه كلام الجرجاني فى التحرير قال ان أصح القولين دخوله فى البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما إذا أطلق بيع الأرض تبعها مافيها من البناء والشجر واذا أطلق رهنها لم يتبعها والفرق من وجهين (أحدهما) ان عقد البيع أقوى لأنه ينقل الملك فجاز أن يستتبع والرهن عقد ارفاق واستيثاق (والثانى) أن المنافع الحادثة لما كانت للمشترى كذلك الموجود فى الحال وليس كذلك الرهن لأن المنافع الحادثة لاتدخل وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشترى ولا تكون للمرتهن وهذه الطريقة

لم يضمن (وأما) الازعاج فهو غير معتبر فى غصب العقار أيضا ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك صار غاصبا للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حتى لو اقتطع قطعة من أرض ملاصقة لأرضه و بني عليها حائطا وأضافها الى ملكه يضمنها الا أن الاستيلاء فى الغالب يحصل بالدخول والازعاج فلذلك ذكرهما *

قال ﴿ وكل يد تبتنى على يد الغاصب فهى يد ضمان ان كان مع العلم * وان كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان * ولكن فى اقرار الضمان تفصيل * وكل يد لو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان كيد العارية والسوم والشراء * فان ابتني على يد الغاصب مع الجهل اقتضى قرار الضمان عند التلف * ومالا كيد الوديعة والاجارة والرهن والوكالة لاتقتضي قرار الضمان ﴾*

قد مر أكثر صور الفصل فى باب الرهن من الكتاب مع الخلاف واقتصر ههنا على ذكر ظاهر المذهب وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهى يد ضامن حتى يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف و بين أن يطالب من ترتبت يده على يده سواء علم الغصب أو لم يعلم لأنه أثبت يده على مال الغير بغير اذنه والجهل غير مسقط للضمان ثم الثانى ان علم بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب يطالب بكل ما يطالب به الغاصب وان تلف المغصوب في يده فاستقرار ضمانه حتى لو غرم لم يرجع على الأول ولو غرم الأول رجع اليه اذا لم تختلف قيمته فى أيديهما أو كانت فى يد الثانى أكثر أما اذا كانت في يد الأول أكثر فلا يطالب بالزيادة الا الاول و يستقر عليه وان جهل الثانى الغصب فان كان اليد فى وضعها يد ضمان كالعارية فيستقر الضمان على الثاني وان كانت يد أمانة كالوديعة فيستقر على الغاصب واذا تأملت الشرح هناك أعلمت قوله وان كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان بالواو للوجه الذاهب الى أن أيدى الأمانات لاتقتضى الضمان عند الجهل وكذا (قوله)

منقولة عن أبي اسحق المروزى ونقلها الماوردى والرافعى عن جمهور الاصحاب وقال القاضى أبو الطيب والرويانى انها الصحيحة وقد تعزى لابن أبى هريرة أيضاً واعترض الامام وغيره على الفرق بالقوة والضعف بأن المبيع الاسم يعني فلا معني للقوة والضعف وممن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال لان البيع انما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه أما مالايتناوله فلا يؤثر فيه ولهذا إذ شرط أن لايدخل الغراس فى البيع لم يدخل واذا قال فى الرهن بحقوقها دخل وما ذكره من أن المبيع فى ذلك الاسم ظاهر وكذلك الفرق الثانى لاغ فان المنافع الحادثة تبعتها لكونها حادثة فى ملك المشتري ولا كذلك الحاصلة عند البيع ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشترى قولا واحداً والثمرة الحاصلة المؤبرة عند البيع لاتدخل قولا واحداً واعترض أبو العباس الغزارى على الفرق الاول بان البيع لما قوى

لايقتضى قرار الضمان للوجه الذاهب فيها الى القرار (١) واعلم أن الطريق المنسوب الى العراقيين لم يورده الامام ههنا كما سبق فى الرهن ولكن نقل عنهم فرقا بين أيدى الامانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد والاعتماد على ما سبق هناك (وأما) ما يتعلق باللفظ فقوله وكل يد أثبتت على هكذا يوجد فى الاكثر ويقرأ لكن الابتناء متعد كالبناء فالوجه أن يقال ابتنت وقد تستعمل اللازمة الابتناء فيمكن أن تراعى الصورة ويقرأ ابتنت وقوله تقرير ضمان يعني بصفة الاستقرار (وأما) عند الجهل فهو يد ضمان وفى صفة الاستقرار التفصيل (وقوله) اقتضت أصل الضمان ينبغى أن يكون الضمان ههنا مفسراً باستقرار اليد عليه اذا حصل التلف فى يده ثم البدل القيمة تارة والثمن أخرى وهذا لأن الشراء معدود من أيدي الضمان فليكن التفسير مايشمل الشراء والكلام فى تفصيل ما يضمن المشترى من الغاصب وسائر ما يناسبه يأتى فى الفصل الثالث من الباب الثانى ان شاء الله تعالي والقرض معدود من أيدي الضمان ولو وهب المغصوب من انسان فتلف فى يده فالقرار على على الغاصب فى أحد القولين لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان وعلى المتهب فى أصحها لأنه أخذه للتمليك ولو زوج الجارية المغصوبة فتلفت عند الزوج ففي مطالبة الزوج بالقيمة طريقان قيل هو كالمودع ومنهم من قطع بأنه لايطالب لأن كون الزوجة فى حبالة الزوج ليس ككون المال فى يد صاحب اليد قال فى التهذيب وهو المذهب *

قال ﴿ ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فالقرار عليه أبداً * الا اذا كان مغروراً * كما لو قدم اليه ضيافة ففيه قولان لمعارضة الغرور والمباشرة * وكذا الخلاف فيما لو غر الغاصب المالك وقدمه اليه فأكله المالك * وههنا أولى بان يبرأ الغاصب * وكذلك يطرد الخلاف فى الايداع والرهن والاجارة من المالك إذا تلف فى يده * ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرىء

(١) بياض بالاصل لحرر.

وأزال الملك وجب أن لايؤثر الا فيما دل عليه اللفظ تقليلا لضرر البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن فانه أقل ضررا لبقاء الملك فيكون مقتضى الفرق عكس المدعى وأبدى ابن الرفعة فرقا واغتبط به بحيث أنه ذكره في كتابه في غير هذا الموضع حذراً من اخترام المنية قبل الوصول فى الشرح اليه ثم لما وصل اليه هنا ذكره وهو أن لفظ الأرض يشمل الاس والمغرس فلو بقى البناء والشجر للبائع لخلا الاس والمغرس عن المنفعة وتكون منفعتهما مستثناة لا إلى غاية معلومة فانه لايمكن قلع البناء والشجر لأنه محترم يراد للبقاء ولا تبقيته باجرة لانه حين أحدثه أحدثه فى ملكه فاذا كان الاس والمغرس بهذه المثابة لايصح بيعه مفرداً باتفاق فوجب إذا ضم الى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل فى الجميع للجهالة بالثمن فلما أفضي محذور الاخراج إلي هذا حكم بالاندراج حرصاً على تصحيح العقد كما أدرج

الغاصب * وكذا لو وهبه منه فان التسليط تام * ولو قال هو عبدى فاعتقه فقد قيل لا ينفذ عتقه لأنه مغرور * وقيل ينفذ ويرجع بالغرم * وقيل لايرجع بالغرم ﴾ *

عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب فى يد من ترتبت يده على يد الغاصب أما اذا أتلفه فينظر ان استقل به فقرار الضمان عليه لأن الاتلاف أقوى من[1] أثبات اليد العادية فان حمله الغاصب عليه كما اذا غصب طعاما فقدمه الى انسان ضيافة حتى أكله فالقرار عليه أيضاً ان كان عالما وان كان جاهلا فقولان (أحدهما) أن القرار على الغاصب لأنه غره حيث قدم الطعام اليه وأوهم أنه لاتبعة فيه و يروى هذا عن القديم و بعض كتب الجديد (واصحهما) وهو المشهور من الجديد وبه قال أبو حنيفة والمزنى ان القرار على الآكل لأنه المتلف واليه عادت منفعته فعلى هذا اذا غرم لم يرجع على الغاصب والغاصب اذا غرم يرجع على الآكل وعلى الاول الحكم بالعكس وهذا اذا قدم الطعام ولم يذكر شيئا أما اذا قدمه وقال هو ملكى ففي رجوع الآكل على الغاصب القولان ولو غرم الغاصب قال المزنى يرجع على الآكل وغلطه الاصحاب لان فى ضمن قوله انه ملكى اعتراف بانه مظلوم بما غرم والمظلوم لايرجع على غير الظالم ولو وهب المغصوب من غيره وأتلفه ففيه القولان وأولى بأن يستقر الضمان على المتهب لحصول الملك له ولو قدم الطعام المغصوب الى عبد انسان فاكله فان جعلنا القرار على الحر اذا قدمه اليه فاكله فهذه جناية من العبد يباع فيها والا فلا يباع وانما يطالبه الغاصب كما لو قدم شعيراً مغصوبا الى بهيمة غيره من غير اذن مالكها ولو غصب شاة وأمر قصابا فذبحها جاهلا بالحال فقرار ضمان النقصان على الغاصب ولا يخرج على الخلاف فى أكل الطعام لأنه ذبح للغاصب وهناك انتفع به لنفسه ولو أمر الغاصب انسانا فأتلف المغصوب بالقتل والاحراق ونحوها ففعله جاهلا بالغصب فمنهم من جعله على القولين فى أكل الطعام والاصح القطع بأن القرار

الحمل فى البيع وان لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلب للتصحيح وحذراً من الابطال بل للحمل غاية تنتظر ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر وهذا المعني مفقود فى الرهن لان المرتهن لايستحق شيئاً من منافعه حتى يكون استيفاء البناء والغراس مخرجاً للعقد عن وضعه ثم اعترض على نفسه بأنه لايجعل هذا المحذور مانعاً من دخول المغرس والاس ويحمل البيع على ماسواها طلبا للتصحيح وأجاب بأن اللفظ يتناول المجموع وهذا يضعف عنه فلم يمكن ابطاله به وقد بقي عليه فى هذا الكلام أمرين (أحدهما) ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر يحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والاس وقد ذكر صاحب التتمة فيما اذا باع الارض خلا البناء والشجر أن المغرس والاس هل يبقي علي ملكه فيه وجهان كالوجهين فى بيع البناء والغراس وذكرهما القاضى حسين ورتبهما على بيع

على المتلف لأنه محظور بخلاف الاكل ولا وقع للتغرير مع الحظر ثم فى الفصل صور (أحدها) لو قدم الطعام المغصوب الى مالكه فأكله جاهلا بالحال فان قلنا فى التقديم الى الاجنبي ان القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب ههنا وان جعلنا القرار على الآكل برىء الغاصب ههنا و به قال أبو حنيفة ور بما نصر العراقيون الاول لكن قد سبق فى المسألة المبني عليها أن الاصح ثبوت الاستقرار على الآكل وحكى الامام عن الاصحاب انهم رأوا البراءة ههنا اولى من الاستقرار وههنا تصرف المالك فى ضمن اتلافه يتضمن قطع علقة الضمان عن الغاصب وتابعه صاحب الكتاب على ذلك و بنيا على هذه الاولوية تردد الشيخ أبي محمد فيما اذا أودع أو رهن أو أجر المالك وهو جاهل بالحال فتلف المغصوب عنده لان يد المالك اذا ثبتت قطعت أثر الضمان وظاهر المذهب أن الغاصب لايبرؤ فى هذه الصور كما أن الضمان لايتقرر على الأجنبي وعلى عكسه لو باع أو أقرض أو أعار من المالك فتلف عنده يبرأ الغاصب ولو دخل المالك دار الغاصب فأكل طعاما على اعتقاد أنه طعام الغاصب فكان طعامه المغصوب يبرأ الغاصب لأنه أتلف مال نفسه فى جهة منفعته من غير تغرير من الغاصب ولو صال العبد المغصوب على مالكه فقتله المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم أنه عبده أو لم يعلم لأن الاذن ف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ولهذا لو كان العبد لغيره لايضمنه وفيه وجه أنه يبرأ عند العلم لاتلافه مال نفسه فى مصلحته (الثانية) لو زوج الجارية المغصوبة من مالكها وهو جاهل فتلفت عنده فهو كما لو أودع المغصوب عنده فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاد و برىء الغاصب ومنهم من أثبت فيه خلافا وهو قريب من الخلاف الذى نذكره في إعتاقه (الثالثة) لو قال الغاصب لمالك العبد المغصوب أعتقه فاعتقه جاهلا بالحال ففى نفوذ العتق وجهان (أحدهما) أنه لاينفذ لأنه لم يرض باعتاق عبده (وأصحهما) النفوذ لاضافة العتق إلى رقيقه والعتق لايدفع بالجهل وعلى هذا فوجهان

الغراس (ان قلنا) يستتبع المغرس فههنا أولى والا فوجهان (والفرق) أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فقوى على التبعية بخلافه فيما يتلف وكذلك قال الخوارزمى ان الاصح أنه لايبقى فقد ظهر مما قاله أن للمانع أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور (الثانى) أنه ليس يلزمه من السوق الى تصحيح العقود ادراج شيء فى العقد لم يقتضه العقد لا لفظا ولا عرفا والحمل انما دخل لاقتضاء العرف له وأما هنا فان أدخلنا البناء والشجر أدخلنا مالم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفا وان أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذى أبداه على رأيه وان أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له فلم يبق الا افساد العقد وقد يقال أن افساد العقد أيضاً محذور ولم يصر اليه صائر فلم يبق الا

(أحدهما) أنه لايبرأ الغاصب عن الضمان بل يرجع المالك عليه بالغرم لأنه لم يرض بزوال ملكه (وأصحهما) البراءة لانصرافه إلى جهة صرفه اليها بنفسه وعادت مصلحتها اليه ولو قال أعتقه عني وفعل جاهلا ففي نفوذ العتق الوجهان ان نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان قال فى التتمة الصحيح المنع ولو قال المالك للغاصب أعتقه عني أو مطلقاً فاعتق عتق و برىء الغاصب *

قال ﴿ الركن الثانى فى الموجب فيه * وهو كل مال مغصوب * وينقسم إلى الحيوان وغيره * فالحيوان يضمن بقيمته حتى العبد يضمن عند التلف والاتلاف بأقصى قيمته ولو قطع الغاصب احدى يدى العبد التزم اكثر الأمرين من نصف قيمته أو أرش النقصان لانه تلف تحت يده إذا قلنا جراح العبد مقدر * ولوسقطت يده بآفة سماوية لايضمن إلا أرش النقصان * ولا يجب فى عين البقرة والفرس إلا أرش النقص * ولا يضمن الخمر لذمي ولا مسلم * ولكن يجب ردها إن كانت محترمة * ولا يراق على أهل الذمة الا اذا أظهروها * فان أريق فلا ضمان * وكذلك الملاهى اذا كسرت * فان أحرقت وجب قيمة الرضاض لأنه غير جائز * وكذا فى الصليب والصنم والمستولدة والمدبر * والمكاتب ملحق في الضمان بالعبد القن ﴾ *

فى الموجب فيه قال حملة المذهب المضمونات قسمان (أحدهما) ماليس بمال وهو الاحرار فيضمنون بالجناية علي النفس والطرف بالمباشرة تارة و بالسبب أخرى والقول فى هذا القسم يبسط فى الجنايات (والثانى) ما هو مال و ينقسم الى الاعيان والمنافع والأعيان قسمان الحيوان وغيره والحيوان قسمان الآدمي وغيره أما الآدمى فتضمن النفس والطرف فى الرقيق بالجناية كما يضمن الحر و يضمن أيضاً باليد العادية و بدل نفسه قيمته بالغة مابلغت سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية وأما الاطراف والجراحات فتنقسم الى ما يتقدر واجبه من الحر والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته سواء حصل بالجناية أو تحت اليد العادية والى ما يتقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان (أصحهما) وهو الجديد أنه

النظر فى أخف المحذورات الثلاثة يلتزم والحكم بادخال البناء والغراس حكم باثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد لم يتعرض له باثبات ولا نفى فليس فيه مخالفة اللفظ نفى ما يقتضيه أو أثبات ماينفيه أما اثبات شىء لم يتعرض له اللفظ باثبات ولا نفى فلا يقال فيه مخالفة ولا موافقة أما الحكم باخراج المغرس والاس فهو اخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفاً له فكان الاول اولى وهو الحكم بتبعية البناء والغراس هذا ان ثبت أنه لا يمكن ادخال الاس والمغرس مع اخراج البناء والشجر وهو القسم الثالث بما ابداه وفيه نظر فانه يمكن أن يقال ان الاس والمغرس كل منهما قابل للانتفاع به فى الجملة بحفر سرب من تحت البناء وأخذ تراب ذلك المكان ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء وأشباه ذلك فلم تعدم المنفعة بالكلية الا ترى أن القاضي حسين قال فى فتاويه انه اذا باع عشرة اذرع من أرض عمقا فى عرض ذراع صح وللبائع أن ينتفع بأرضه ما جاوز عشر اذرع عمقا بأن يحفر تحت عشر أذرع بئراً أو مبنياً على الوجه الذى يمكنه الانتفاع والله اعلم * وقوله ان الاس والمغرس اذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناه على المقدمة التى أخذها مسألة وقد عرفت المنع المتجه عليها وينبغى اذا تم ما قلناه فى المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع اذا كان ذلك المكان مرئيا قبل ذلك الرؤية المعتبرة فى البيع (فان قلت) انه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء

يتقدر من الرقيق أيضا والقيمة فى حقه كالدية فى الحر فيجب فى يد العبد نصف قيمته كما يجب فى الحر نصف ديته وعلى هذا القياس (والثانى) وينسب الى اختيار ابن سريج أن الواجب ما ينقص من القيمة كما فى سائر الأموال وما يحصل تحت مجرد اليد العادية كما اذا غصب عبداً فسقطت يده بآفة سماوية فالواجب فيه قدر النقصان وفيه وجه أنه اذا كان النقصان أقل من المقدر وجب ما يجب على الجاني والمذهب الاول لان ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الاموال ألا ترى أنه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة ولا يضرب على العاقلة بحال ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدر كان هو الواجب بالاتفاق (فان قلنا) بالجديد فلو قطع الغاصب يد العبد المغصوب لزمه أكثر الامرين من نصف القيمة أو أرش النقصان لاجتماع السببين حتى لو كانت قيمته ألفا ونقص أربعمائة وجب خمسمائة ولو نقص ستمائة وجب ستمائة ولو قطع يديه فعليه كل قيمته وكذا لو قطع أنثييه فزادت قيمته ولو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته فالواجب ثلثا القيمة على القولين (أما) على القديم فلأنه قدر النقصان (وأما) على الجديد فالنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته فهو الواجب على القديم وكذا على الجديد جوابا على أصح الوجهين وعلى الثاني الواجب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبر يلتحقون فى الضمان بالعبد القن وقال أبو حنيفة المستولدة لا تضمن بالغصب

(قلت) المذهب الصحيح صحة تسليم الارض المزروعة مع بقاء الزرع فيها والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها فى تلك الحال لشبهها بالدار المشحونة بالأمتعة وفرقوا بينهما بأن تفريغ الدار ممكن فى الحال وهذا الوجه فى الأرض المزروعة لايأتى فى الأرض المغروسة لأن الزرع له أمد ينتظر فاشبه من بعض الوجوه الأمتعة التى يمكن نقلها بخلاف الشجر فمقتضى المذهب أنه يصح تسليم الأرض المغروسة إذا كان الغراس باقياً للبائع قولا واحداً وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا باع الأرض واستثني الأشجار بقيت الأشجار على ماهى عليه ولا يكلف القطع لأنها تراد للدوام وصرح الغزلى أيضاً فى الفتاوى بأنه لايلزمه تفريغ الأرض المبيعة عن الشجر عند ماتكلم فى وقف الأرض المشتملة على شجر وإذا ثبت أنه لايجب التفريغ فالتسليم ممكن على حالها فصح البيع إذا وجدت المنفعة والرؤية وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالى وصاحب التتمة أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لايلزم البائع قلع الشجر لو بقيناه على ملكه على انى وجدت النسخ من فتاوى الغزالى بذلك مختلفة وفى كثير منها أنه يلزمه تفريغ الأرض باسقاط لافكأنه غلط من ناسخ وقد نقله الرافعي عنه فى كتاب الوقف باثبات لا وكلام صاحب التتمة غير محتمل وأيضاً فان الغزالى فى الفتاوى إذا باع الدار دون النخلة التى فيها ويكون للبائع حق الاجتياز إليها أنه يصح البيع وهذا صريح فى مخالفة ماقاله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة

لنا القياس على المدبر بجامع بقاء الرق فيهما ألا ترى أنه يملك تزويجها واجارتها و يأخذ قيمتها لوقتلت (وأما) غير الآدمى من الحيوانات فالواجب فيها باليد والجناية القيمة وفيما يتلف من أجزائها ماينقص من القيمة ولافرق فى ذلك بين نوع ونوع وعن أبي حنيفة أن الابل والبقر والخيل وماله اللحم والظهر معا يجب فى احدى عينيه ربع القيمة استحسانا وبه قال أحمد فى الخيل خاصة (أما) القياس على أطرافها وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده كالبغال والحمير ولا فرق أيضا بين مالك ومالك وعن مالك أن فى قطع ذنب حمار القاضى تمام القيمة لانه لايصلح له بعد ذلك وعن أحمد رواية مثله لنا أن النظر فى الضمان الى نفس المفوت لاالى أغراض الملاك ألا ترى أنه فى وطء جارية الاب بالشبهة مهر المثل كما فى وطء جارية الأجنبي بالشبهة وأن تضمن وطء جارية الأب تحريمها عليه (وأما) غير الحيوان فينقسم المثلى والمتقوم وسيأتى مايضبطهما فى الركن الثالث بقى من فقه الفصل مسألة وهى أن الخمر والخنزير لايضمنان للمسلم ولا للذمى خلافا لأبى حنيفة حيث قال يجب الضمان فى أراقة خمر الذمى ان أراقها مسلم ضمنها بالقيمة وان أراقها ذمى ضمنها بالمثل * لنا أن مالا يضمن للمسلم لايضمن للذمى كالميتة والدم وأيضاً فان الخمر ليست بمال ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريق حيث تجوز الاراقة وحيث لاتجوز ولا تراق خمر هل الذمة الا إذا تظاهر وأبشر بها أو بيعها ولوغصبت منهم

على تقدير عدم دخول الشجر وقال أبو الفضل عبد الملك بن إبراهيم الهمذانى فى المطار حات انه إذا باع داراً فيها نخلة دون النخلة وشرط دخول منبتها فى البيع صح ويستحق تبقية الشجرة من غير أجرة فان اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلعها بالتزام النقصان كان له وأما كونه لاتلزمه الأجرة بتبقيته فكذلك لأنه لوكان مما يبقى باجرة لكان إذا امتنع من الأجرة يلزم بالقطع فلما ثبت أنه لايلزم بالقلع استلزم عدم الأجرة نعم فى عكس ذلك وهو ما إذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح قلنا انه لايدخل المغرس فليس للبائع قلع الشجرة مجانا وهل يجب عليه ابقاؤها ماأراد المشترى أم له قلعها بغير رضاه ويغرم مانقص بالقلع كالعارية وجهان (أصحها) الأول فيحتمل أن يقال بجريان الوجه الآخر فيما نحن فيه ويحتمل أن يفرق ويقال انا فى كلا الموضعين قصرنا الحكم على مادل عليه لفظ المبيع ففي بيع الشجرة لايستتبع حق الابقاء فكان له القلع على وجه وفى بيع الأرض كان حق الابقاء ثابتاً فلا يزال بالبيع فهذا فرق جم والله أعلم * (فان قلت) اذا الغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب (قلت) الراجح عندى ماذهب اليه الامام والغزالى أن البناء والشجر لايدخلان فى البيع ولا فى الرهن إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين إتباعه ومتى لم يثبت فالقياس ماقدمته وقد يعتضد الدخول بامور ليست بالواضحة (منها) الثمار إذا لم تؤبر داخلة فى بيع الشجر

والعين باقية وجب ردها وان غصبت من مسلم وجب ردها إن كانت محترمة والالم يجز بل أريقت لحديث أبي طلحة فى خمور الايتام والآت الملاهى كالبربط والطنبور وغيرها وكذلك الصليب والصنم لايجب فى ابطالها شيء أصلا لأنها محرمة الاستعمال ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة واختلفوا فى الحد المشروع لأبطالها على وجهين (أحدهما) أنها تكسر وترضض حتى تنتهى إلى حد لايمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها (وأظهرهما) أنها لاتكسر الكسر الفاحش ولكنها تفصل وفى حد التفصيل وجهان (احدهما) أنها تفصل قدر مالا تصلح للاستعمال الحرام حتى اذ رفع وجه البربط وترك على شكل قصعة كفى (والثانى) أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذى يناله فى ابتداء الايجاد وهذا بان يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ويشبه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعى رضى الله عنه وعامة الأصحاب وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما اذا تمكن المحتسب منه أما إذا منعه من فى يده وكان يدفع عن المنكر فله ابطاله بالكسر وحكى الامام وفاق الاصحاب على أن قطع الاوتار لايكفى لانها مجاورة لها منفصلة وتوقف فى شيئين تفريعاً على وجه المبالغة فى الكسر (احدهما) فى الصفائح التى توجد فى يد من يصنع تلك الآلات لان من بالغ فى الكسر عند حصول الهيئة المحظورة قد لا يرى تلك المبالغة فى الابتداء (والثانى)

بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة وليست باقية على الشجرة دائماً فاستتباع الارض للشجر وهو باق فيها دائماً أولى وفي طرق هذا الحديث في البخاري عن نافع مولى بن عمر «ايما نخل بيعت لم يذكر الثمر فالثمر للذى أبرها» وكذلك العبد والحرث فالحرث ان كان المراد به [1] (ومنها) أن الأرض تطلق كثيراً ويراد بها الأرض مع مافيها ألا ترى الى قول عمر رضى الله عنه للنبي ﷺ انى أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاقط أنفس عندى منه الحديث وليس مراده الارض وحدها بل الارض بما فيها ولذلك قال له النبي صلى الله عليه وسلم «حبس الاصل وسبل الثمرة» فاذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيراً فان وصل إلى حد الحقيقة العرفية فذاك والا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه فانه لوكان مراده إخراج البناء والشجر مع كره استعمال الارض مع دخولهما لنص على الاخراج فلما لم ينص على ذلك دل على أن مراده الشمول مع كون البائع معرضاً عن البيع وقاطعاً اطاعه عنه بخلاف الراهن وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى (أما) الأول فلأن الثمرة غير المؤبرة شبيهة بالجزء الحقيقى فهى كالحمل بخلاف البناء والشجر والاصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء الأرض لكونهما مرادين للبقاء وفي الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة فى أمور أخرى نظر (وأما) الثانى فان الكثرة ممنوعة (وأما) الاطلاق على سبيل المجاز فلا يمتنع ومع ميلى فى البحث كما

[1] بياض بالاصل فحرر

فى الصليب لانها خشبة معروضة على خشبة فاذا رفعت احداهما عن الاخرى فلا معني للزيادة عليه اذا عرفت ذلك فمن اقتصر فى بطالها على الحد المشروع فلا شيء عليه ومن جاوزها فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به وان أحرقها فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع ولنعد إلى مايتعلق بلفظ الكتاب (قوله) وهو كل مال معصوم ظاهره يقتضى حصر مايجب ضمانه فى الاموال وقد عرفت من التقسيم السابق أن الاحرار مضمونون ايضاً وكأنه اراد ما يجب ضمانه بالاسباب المذكورة فى اول الباب وحينئذ يخرج الاحرار لانهم لايضمنون باليد العادية وان كانوا مضمونين وأشار بالمعصوم الى أن عصمة المال شرط فى وجوب الضمان فلا يضمن مال الحربى وقوله وحتي العبد يضمن عند التلف والاتلاف أقصى قيمته معلم بالحاء لان أبا حنيفة لايوجب أقصى قيمة المماليك علي ما بينته فى موضعه (وقوله) اذا قلنا جرح العبد مقدر اشارة إلى قوله الجديد (وقوله) لايضمن الأرش النقصان معلم بالواو (وقوله) ولا يجب فى عين البقرة والفرس بالحاء والالف لما ذكرنا والقصد بما ذكرنا التعرض لمذهبهما وانما ذهبا اليه لأثر فيه عن الصحابة وتأويله عندنا أن الارش فى الواقعة كان قدر الربع (وقوله) لذمى معلم بالحاء (وقوله) ولكن يجب ردها

رأيت الى موافقة الامام والغزالي لاأقدم على الجزم به مالم يصح عندى أن أحداً من العلما المتقدمين ذهب اليه ولا أستحضر الآن عن أحد منهم قولا بذلك والله أعلم * وفى كلام الرافعي ميل الى مااختاره الغزالى مع نقله عن عامة الأصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وابهم وأن أصح الطرق تقرير النصين فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة وفى المسألة طريقة رابعة أن البناء والغراس يدخلان فى البيع وفى دخولها فى الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجوزى مع طريقة القولين قال ابن الرفعة ويشهد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج فى البيع قولا واحداً وفى اندراج ذلك فى الرهن قولان (المنصوص) منهما فى الأم كما قال البندنيجى فى الثمرة عدم التبعية (وفى القديم) نص على التبعية ثم أغرب الجوزى فجعل القولين فى الرهن فى الارض والدار جميعاً معللا على أحد القولين بأن الدار اسم للعرصة ثم قال وقد قيل ان الرهن والبيع سواء وفيهما قولان ومقتضى كلام الجوزى هذا اثبات خلاف فى دخول البناء فى بيع الدار ورهنها وهذا فى غاية البعد فان الدار اسم لمجموع البناء والارض وانما الخلاف اذا ورد العقد على الأرض *

﴿ فرع ﴾ فاما اذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الارض فبياض الأرض الذى بين البناء والشجر لايدخل فى البيع على المشهور والفرق أن الارض أصل والبناء والشجر فرع والاصل يستتبع الفرع وقال الامام فى كتاب الرهن ان كان مابين المغارس لايتأتى افرادها بالانتفاع الا على

يجوز اعلامه بالواو كما تقدم فى فصل التحليل فى كتاب الرهن وقوله وان اريقت فلا ضمان ضرب تأكيد و بينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من اراقتها والا فقوله لايضمن الخمر لذمى يفيد النفى الكلي واذا ذكره فلا بأس باعادة اعلامه بالحاء (وقوله) وكذا الملاهى اذا كسرت يعني الكسر المشروع ولفظ المستولدة معلم بالحاء واتلاف الخمر وابطال منفعة الملاهى يخرج عما يضمن بقوله فى أول الركن وهو كل مال معصوم *

قال ﴿ ومنفعة الأعيان تضمن بالفوات تحت اليد والتفويت * ومنفعة البضع لاتضمن إلا بالتفويت * ومنفعة بدن الحر تضمن بالتفويت وهل يضمن بفواتها عند حبس الحر وجهان وهو تردد فى ثبوت يد غيره عليه حتي ينبني عليه جواز اجارة الحر عند استئجاره إن قلنا تثبت اليد وانه بتسليم نفسه هل يتقرر أجرته * وفى ضمان منفعة الكلب المغصوب وجهان * وما اصطاده بالكلب المغصوب فهو للغاصب على أحد الوجهين * فان اصطاد العبد فهل يدخل أجرته تحته لأن الصيد للمالك فيه وجهان * ولو لبس ثوباً ونقص قيمته فهل تندرج الأجرة تحت النقص فيه وجهان ولو ضمن العبد المغصوب بعد إباقه فهل تسقط عنه أجرته بعد الضمان فيه وجهان ﴾ *

سبيل التبعية للأشجار فوجهان (وأما) ماكان من الأرض قرار للشجر والبناء ففى دخوله في البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان حكاهما الماوردى هنا في قرار البناء والشجر معاً وسيأتى حكايتهما فى الشجر عند الكلام فى بيع الشجر ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ من الشجر مايغرس بذره فى محل فاذا أطلع ينقل من ذلك المحل الى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلا ويقال ان ذلك أنفع له وربما لو بقى فى ذلك المكان الأول لم ينتفع كما لونقل فهذا النوع لم يوضع فى مكانه الاول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر الموضوع للدوام فيكون تابعاً للأرض أو يكون كالزرع هذا فيه نظر ولم أره منقولا وينبغى أن يقال ان كان ذلك ينقل من بعض تلك الأرض الى بعض فيدخل وان كان ينقل الى أرض أخرى ولا بقاء له فى تلك الارض المبيعة فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ حكم الهبة حكم البيع لأنها تزيل الملك ففيها وفى الرهن الطرق المتقدمة ذكره الجرجانى *

تم الكلام فى قسم الأعيان من المضمونات (أما) المنافع فهى أنواع (منها) منافع الأموال من العبيد والثياب وغيرها وهى مضمونة بالفويت والفوات تحت اليد العادية خلافاً لأبى حنيفة حيث قال لاتضمن بالتفويت ولا بالفوات وانما تضمن بعقد أو شبهة عقد ولمالك حيث قال لاتضمن بالفوات تحت اليد وانما تضمن بالتفويت والاستعمال لنا أن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد وتضمن بالغصب كالأعيان وأيضاً فانها متقومة ألا ترى أنه يبذل المال لتحصيلها ولو استأجر عينا لمنفعة واستعملها فى غيرها ضمنها فاشبهت الأعيان إذا تقرر ذلك فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها يضمن منفعتها إذا بقيت فى يده مدة لمثلها أجرة حتى لو غصب كتابا وأمسكه مدة طالعه أولم يطالعه أو مسكاً شمه أولم يشم لزمه الاجرة ولو كان العبد المغصوب يحسن صناعات لزمه أجرة أعلاها ولايجب أجرة الكل (ومنها) منفعة البضع وهى لاتضمن بالفوات تحت اليد والفرق بينها وبين سائر المنافع أن اليد لاتثبت على منفعة البضع ألا ترى أن السيد يزوج الأمة المغصوبة ولا يؤجرها كما لايبيعها لأن يد الغاصب حائلة ولو تداعى اثنان نكاح امرأة يدعيان عليها ولا يدعى أحدهما على الآخر وان كانت عنده واذا أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحته وذلك يدل على أن اليد لها وأيضاً فان منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق ملك تام ألا ترى أن من ملك منفعة بالاستئجار نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر وبغير العوض بأن يعير والزوج المستحق لمنفعة البضع لايملك نقلها لابعوض ولا بغير عوض (وأما) إذا فوت منفعة البضع بالوطء ضمن مهر المثل وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث من الباب

﴿ فرع ﴾ إذا باع الارض وفيها شيء يابس هل يدخل فى البيع كغيره أو لايدخل لانه لايراد للدوام ولهذا إذا باع الشجرة اليابسة لايجب تبقيتها لم أر ذلك مصرحا به والأقرب الى كلامهم الجزم بالثانى ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة فى الأرض اذا علم المشتري بها فى وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك على ما سيأتي فى الحجارة والله أعلم * فينبغى أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم انه اذ باع أرضا ودخل الشجر كما هى عبارة كثير من الأصحاب (وأما) عبارة المصنف فى قول الغراس فقد يقال ان الغراس لايشمل عرفا الا الرطب والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواقى وما بنى به طوقها ومساربها من آجر وحجر وما صفر من الآكام والتلال الجارية مجرى الأرض في البيع والرهن وجعل محل الطرق فى البناء من قصر وغيره والغراس من نخل وغيره وهذا لم أره لغيره بل كلام الماوردى يقتضي جريان الخلاف فيه فانه قال اذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخل فى البيع فكذلك كل ما كان فى الارض متصلا بها من مسناتها سواء كان آجرا أو حجارة أو ترابا وكذا تلال التراب التى تسمى بالبصرة جبالا وخوخاتها و بيدرها والحائط الذى يحظرها وسواقيها التى تشرب الأرض

الثانى لان حكم وطء المشترى من الغاصب مذكور هناك وذكر حكم وطء الغاصب معه أحسن فى النظم (ومنها) منفعة بدن الحر وهى مضمونة بالتفويت واذا قهر حراً واستخدمه فى عمل ضمن أجرته وان حبسه وعطل منافعه فوجهان (أحدهما) أنه يضمنها أيضاً لأن منافعه متقومة بالعقد الفاسد فاشبهت منافع الأموال وحكى هذا عن ابن أبي هريرة (وأصحها) المنع لأن الحر لايدخل تحت اليد بخلاف الأموال ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فى صورتين (إحداهما) لواستأجر حراً وأراد أن يؤجره هل له ذلك (والثانية) إذا أسلم المستأجر نفسه ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التى استأجره فيها هل تتقرر أجرته قال الأكثرون له أن يؤجره وتتقرر أجرته وقال القفال لايؤجره ولا تتقرر أجرته لأن الحر لايدخل تحت اليد ولا تحصل منافعه فى يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف فى المسائل الثلاثة ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ولكن القائلين بجواز إجارة المستأجر وتغريم الاجرة كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة وصاحب الكتاب جعله مختلفاً فيه وبني الخلاف فى المسائل على التردد فى دخوله تحت اليد ولم اعثر على ذلك لغيره وبتقدير ثبوته يجوز أن يعلم (قوله) والحر لايدخل تحت اليد وفى الرهن فى الباب الثالث فى مسألة موت الحرة المزنى بها فى الطلق من حمل الزنا بالواو وفى دخول ثياب الحر فى ضمان من استولى عليه تفصيل مذكور فى الكتاب فى السرقة *

وأنهارها التي فيها وعين الماء ان كانت فيها وقال الرافعي لاتدخل مسائل الماء فى بيع الارض ولا يدخل فيه سر بها من النهر والقناة المملوكين الا أن يشترط أو يقول بحقوقها وكلام الرافعي هذا يجب حمله على المسايل الخارجة عن الارض التي يصل منها الماء الى الارض المبيعة وكذلك القناة والنهر (أما) الداخلة فيها فانه لاشك فى دخول أرض النهر والقناة والمسيل (وأما) بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردي و يجب أيضا تأويل كلام الماوردى فى النهر والعين فان أرضهما داخلة بلا خلاف ولا يجرى الخلاف فيهما الا فى البناء ان كان ثم نقل الرافعى عن أبي عاصم العبادى أنه حكى وجها انه لا يكفى ذكر الحقوق يعني فى المسألة التي ذكرها فى النهر والقناة ولا خلاف انه لايدخل النخل المقطوع والشجر المقطوع فى بيع الارض من غير شرط كالعبد والامة اذا كانا فى الارض وكذلك مافيها من علف مخزون وتمر ملقوط وتراب منقول وسماد محمول فكل ذلك للبائع لايدخل الا بالشرط او يكون التراب والسماد قد بسط على الارض واستعمل قاله الماوردى والروياني وان كان في الارض دولاب للماء ففيه ثلاثة أوجه (احدها) لايدخل فى البيع كبكرة الدولاب وخشبة الزرقوق والحبل والدلو والبكرة و به قال ابو حنيفة رضى الله عنه (والثاني) يدخل لاتصاله بها (والثالث) ان كان دولابا

﴿ فرع ﴾ قال فى التتمة لونقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر فان لم يكن له غرض فى الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء وان كان واحتاج الى مؤنة فهو على الناقل لتعديه (ومنها) منفعة الكلب فمن غصب كلب الصيد أو الحراسة لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة وهل يضمن منفعته بالاجرة فيه وجهان مرتبان على الوجهين فى جواز استئجاره وسيأتى ذكرهما وما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب للمالك على أحد الوجهين كصيد العبد واكسابه وللغاصب على أظهرهما لأن الجارحة آلة كما لوغصب شبكة أوقوساً واصطاد بهما و يجرى الوجهان فيما لواصطاد بالبازى والفهد المغصوبين وحيث كان الصيد للغاصب لزمه أجرة المثل للمغصوب منه وحيث كان للمالك كصيد العبد ففى وجوب الأجرة لزمن الاصطياد وجهان (أحدهما) لاتجب لأنه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة إليه (وأشبههما) الوجوب لأنه ربما كان يستعمله فى غير ما استعمل به ولاتدخل الأجرة فيما اكتسبه ثم الفصل مختوم بقاعدتين (احداهما) ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لوغصب ثوبا أو عبداً فانتقصت قيمته بآفة سماوية كما لوسقط العبد بمرض وجب الارش مع الاجرة والأجرة الواجبة لما قبل حدوث النقصان أجرة مثله سليما ولما بعده أجرة مثله معيبا فان كان النقص بسبب الاستعمال كما اذا لبس الثوب فابلاه فوجهان (أصحهما) أنهما يجبان أيضاً كالو حصل النقصان بسبب آخر (والثانى) أنه لايجب الا أكثر الامرين من أجرة المثل وأرش النقصان

صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله من غير مشقة لم يدخل وان كان كبيراً لايمكن نقله إلا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة دخل فى البيع لأنه يصير للاستدامة والبقاء فاشبه الشجر والبناء حكى ذلك الماوردى وان كان فيها رحا الماء وقلنا يدخل البناء فى بيع الأرض دخل فيه بيت الرحا و بناؤه وهل يدخل الرحا في البيع فيه ثلاثة أوجه (قيل) لايدخل شىء منه فى البيع لاعلواً ولا سفلا كخشبة الزرقوق (وقيل) يدخل علواً وسفلا لانهما من تمام المنافع (وقيل) يدخل السفلى ولا يدخل العلوى حكي هذه الأوجه الثلاثة الماوردى وقال صاحب الاستيفاء وقال الصيمرى فى الايضاح والصحيح أن يقال ان كان ذلك مبنياً أوفى حكم البناء دخل وان كان بخلاف ذلك لم يدخل فيصير فى المسألة أربعة أوجه قال الماوردى وأما دولاب الرحا الذى يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل فى البيع بدخوله ويخرج منه بخروجه والحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو هذا كلام الماوردى وان قال بعتك هذا البستان أو المحرف أو هذه الجنة دخل فيه الأشجار لأنه عبارة عن الأرض والشجر وفى العريش الذى يوضع عليه وجهان (أحدهما) وهو الاصح أنه يدخل فى البيع (والثانى) لايدخل * (٢و١) بياض بالأصل لخرر

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ فان قال بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع لأن القرية اسم للابنية دون المزارع } *

{ الشرح } القرية (١) أما الأحكام (٢) قال الأصحاب إذا قال بعتك هذه القرية وأطلق دخل فى البيع الأبنية وما فيهما من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التى يحيط بها السور والحصن الذى عليها وهو السور والسور المحيط بها والدروب فان لم يكن سور فيدخل من

لأن المقصان نشأ من الاستعمال وقد قوبل الاستعمال بالأجرة فلا يجب له ضمان أجر والقائل الأول يقول الأجرة لاتجب للاستعمال وانما تجب لفوات المنفعة على المالك ألا ترى أنها تجب وان لم يستعمل فاذا لايلزم وجوب ضمانين بشىء واحد (الثانية) سنذكر أن العبد المغصوب اذا تعذر رده بآفة غرم الغاصب قيمته للحيلولة و يلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة التى تمضى قبل بذل القيمة ولما بعده وجهان (أحدهما) أنها لاتجب لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب فكأن المغصوب عاد اليه (وأصحهما) الوجوب لأن حكم الغصب باق وانما وجبت القيمة للحيلولة فيضمن الاجرة لفوات المنفعة والوجهان جاريان فى أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب وفى أنه هل يلزمه مؤنة ردها وفى أن جناية الآبق فى إباقه هل يتعلق ضمانها بالغاصب ولو غيب الغاصب العبد المغصوب الى مكان بعيد وعسر رده وغرم القيمة قال الامام وسيجىء فى هذه الصورة الخلاف فى الاحكام المذكورة أيضا (ومنهم) من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الاحكام والفرق أن من غيبه باختياره فهو باق فى يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان عنه بخلاف الآبق *

الأرض مما اختلط ببنيانها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها وفى الأشجار التى فى وسطها الخلاف السابق فى دخول الأشجار تحت اسم الأرض هكذا قال القاضى أبو الطيب وكثير من الاصحاب منهم الرافعي والرويانى وخالف الامام والغزالى هنا اختيارها فاختارا فى هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية وان اختارا فى اسم الأرض عدم الدخول وهو متجه لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع مافيها من بناء وشجر وكذلك جزم الماوردى بدخول مافى خلال المساكن من النخل والشجر وهو الحق واستبعد الامام تردد العراقيين فى دخول الاشجار ورأى أن ذلك أبعد من التردد فى أشجار الدار لأن الاشجار مألوفة فى القرى ولاتستجد القرية بالاشجار اسما والدار تستجد اسم البستان والأعدل ماقاله الماوردى من دخول الاشجار المتخللة للمساكن (وأما) البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالى دخولها فانه أطلق القول باستتباعها الاشجار وكذلك الامام حكي الخلاف فى الاشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحيتها للتبعية وجزم الماوردى بعدم دخولها وهذا الذى قاله الماوردى من دخول الاشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث إن صح أن الخلاف الاول فى الجميع (وأما) المزارع فلا تدخل فى البيع ألا ترى أنه لوحلف لايدخل القرية لم يحنث بدخول المزارع وقد يقول القائل ينبغى تخريج ذلك علي أنه يشترط مجاوزتها فى القصر ولكن هذا الاحتمال مندفع فان المدرك فى الرخصة خروجه عن حكم الاقامة فما دام فى حقوق البلد حكم الاقامة منسحب عليه عند ذلك القائل وان كان خارجا عن البلد والمبيع ههنا الاسم والقرية مأخوذة من الجميع والمزارع ليس بداخلة فيه بخلاف الابنية وما أحاطت به وفى النهاية أن المزارع تدخل وهو غريب وكذلك يدخل فى بيع القرية ضياعها قاله الرويانى هذا إذا أطلق (أما) إذا قال

قال ﴿ الركن الثالث فى الواجب * وهو ينقسم إلى المثل والقيمة * وحد المثلى ما تماثل أجزاؤه فى المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة * والأظهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلى * وكذا الخبز فان اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر المخلوطات ﴾ *

مايجب ضمانا ينقسم باعتبار المضمون الي المثل والقيمة فيضمن المثلى بالمثل لأنه أقرب إلى التالف والمتقوم بالقيمة والاصحاب فى ضبط المثلى عبارات (احدها) أن كل مقدر بكيل او وزن فهو مثلى وتروى هذه العبارة عن أبى حنيفة واحمد وتنسب إلى نص الشافعى رضى الله عنه لقوله فى المختصر وما له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه (والثانية) زاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه لأن المسلم فيه يثبت بالوصف فى الذمة والضمان يشبهه لايثبت فى الذمة (والثالثة) زاد القفال وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الاصلين فى قضية التقابل واعترض على العبارات

بحقوقها فالجمهور على أنه لاتدخل المزارع أيضاً بل لابد من النص على المزارع وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمصنف والماوردي وصاحب التتمة وغيرهم لأن حقوقها مافيها من البناء والبيوت والطرق ونقل الرافعي عن القاضي ابن كج دخول المزارع فيما إذا قال بحقوقها وقال عنه وعما قاله في النهاية إنهما غريبان وقال ابن الرفعة إنه يمكن تنزيل قول الامام بدخولها على ما إذا كانت داخلة في القرية توفيقاً بين النقلين (أما) لو سمى المزارع دخلت قاله القاضي أبو الطيب وغيره وكذلك لو قال بعتك القرية بأرضها أيضاً دخلت المزارع حكى ذلك عن البندنيجي والمراد بالمزارع الارضون التي تزرع فيها الخارجة عن القرية (أما) الزرع نفسه فلا يدخل إلا أن يكون له بقاء فالحكم في تبعية هذا كالحكم في تبعيته عند بيع الأرض وهو فيها وسيأتي حكم ذلك قال ابن الرفعة وجزموا يعني العراقيين أنه إذا قال بحقوقها دخل الشجر قولا واحداً على أصلهم أنها تدخل في مثل هذا في بيع الأرض وقد عرفت عن غيرهم خلافا في هذا في الارض فلا يمكن مجيئه هنا لأن القائل بهذا في الارض جازم بدخول الاشجار في اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق (قلت) والخلاف في الارض نقله الامام فيما تقدم عن بعض أئمتنا ومال اليه وسبقه القاضي حسين إلى ذلك والامام هنا قد اختار دخول الاشجار فلا يتأتى منه الخلاف كما قال ابن الرفعة لكن بعض الأئمة الذي نقل عنه الامام الخلاف في الارض لم يتعين حتي يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الاشجار في القرية أولا والقاضي حسين لم أقف له على كلام في مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كالامام أولا لكن مانبه عليه ابن الرفعة جيد في أنه لايمكننا إثبات خلاف هنا لاحتمال أن يكون المخالف هناك

الثلاث بأن القماقم والملاعق والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة ويجوز السلم فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية هكذا حكى الامام الاعتراض عن القاضي لكن قدم في باب السلم أن القماقم ونحوها لايجوز السلم فيها لاختلافها وانما الجواز في الاسطال المربعة والظروف المضروبة من القوالب فان كان الالتزام بمثلها فلا يبعد ممن صار الى العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية (والرابعة) نقل بعض شارحي المفتاح أن المثليات هي التي تنقسم بين الشريكين من غير حاجة الى تقويم ولك أن تقول هذا مشكل بالارض المتساوية الاجزاء فانها تنقسم من غير تقويم وليست هي بمثلية (الخامسة) قال العراقيون المثلي مالا تختلف اجزاء النوع الواحد منه في القيمة وربما يقال في الجرم والقيمة ويقرب منه قول من قال المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة ومعظم المنافع وما اختاره الامام هو تساوي الاجزاء في المنفعة والقيمة فزاد النظر الى المنفعة وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب وزاد قوله من حيث الذات لا من حيث الصنعة وقصد به الاحتراز من الملاعق والمغارف

جازما هنا كالامام فمتي لم نتحقق من شخص معين الخلاف فى المسألتين لم يجز إثبات الخلاف مع الشك والله سبحانه وتعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ الحكم المذكور فى اسم القرية جار فى اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت * قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان قال بعتك هذه الدار دخل فيها مااتصل بها من الرفوف المسمرة والخوابى والاجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها وان كان فيها رحا مبنية دخل الحجر السفلانى فى بيعها لانه متصل بها وفى الفوقاني وجهان أحدهما أنه يدخل وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب والثانى لايدخل لانه منفصل عن المبيع ويدخل الفلق المسمر فى الباب وفى المفتاح وجهان أحدهما يدخل فيه لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه والثانى لايدخل لانه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة وان كان فى الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التى ذكرناها فى الارض * (٢٩١) بياض بالأصل فحرر

﴿ الشرح ﴾ الخوابى والاجاجين بجيمين وهى الاوانى التى تغسل فيها الثياب قال ابن معن وتسمى المراحض والمقصود هنا كل ماثبت من ذلك للصبغ أو الدبغ أو العجن أو لاخراج الشيرج من كسب السمسم ونحو ذلك والفلق (١) والبكرة (٢) أما الاحكام فقال الاصحاب إذا قال بعتك هذه الدار دخلت فى البيع الارض والابنية على تنوعها سفلها وعلوها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها وحكي عن نصه أن الحمام لايدخل وحمله الاصحاب على حمامات الحجاز وهي بيوت من خشب تنقل فى الاسفار فاما الحمامات المبنية من الطين والآجر اذا كان بحيث لايمكن نقله فانه يدخل فى العقد وحكوا أن الربيع حمله علي ذلك وفصل الغزالى فى الحمام فقال ان كان لايستقل دون الدار

وصنجات الميزان المتساوية فان تساويهما جاء من حفظ التشابه فى الصنعة والا فالمصنوعات مختلفة فى الغالب ولك أن تقول الملعقة ونحوها لو وردت على الضابط المذكور اما ان ترد لتماثل أجزائها وهى ملعقة أو لتماثل جوهرها فقط (والاول) باطل لأن أجزاء الملعقة غير متماثلة فى الصنعة وأما (الثانى) فالصفر الذى هو جوهر الملعقة اذا كان مثلياً كان تماثل أجزائه من حيث الذات لا من حيث الصنعة واذا لم تؤثر الصنعة فى تماثل الاجزاء فكيف يقال ما تماثل أجزاؤه من حيث الذات لامن حيث الصنعة والحق أن أثر الصنعة فى تماثل الاعداد وأوضاع أجزائها لاغير واذا وقفت على هذه العبارات وبحثت عن الأظهر منها فاعلم أن الأولى منقوضة بالمعجونات (والثالثة) المعتبرة بجواز بيع البعض بالبعض بعيدة عن اعتبارأ كثر الأصحاب فانهم أعرضوا عن هذا الشرط وقالوا امتناع بيع البعض بالبعض من الربويات لرعاية التماثل فى حال الكمال بمعزل عما نحن فيه (والرابعة) لادخل لها وأما الخامسة

اندرج وان استقل فهو من الدار كالبناء من البستان يعني فيجرى فيه الخلاف فى ذلك واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذى لا ينقل لا يدخل لقول الشافعي رضى الله عنه وما كان مما يجب من البنيان مثل البناء بالخشب فان هذا متميز كالنبات والحديد فهو لبائعه الا أن يدخله المشترى فى صفقة البيع وقال أنه لم ير أحداً من الاصحاب تعرض له وانه فقه ظاهر لان ما كان من أجزاء الارض اذا أثبت فيها واذا تغيرت صفته كاللبن يجعل أجزاء أو لم يتغير كالاحجار واللبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلا من أصل الخلقة بخلاف ما اذا كان من خشب وان كان الشجر الأخضر يتبع فى بيع الأرض لكنه ليس بجزء منها وانما تبعها لأنه صار كالجزء المتصل بها ولهذا ينمو بها بخلاف البناء (قلت) وقد رأيت النص المذكور فى الأم فى باب تمر الحائط يباع أصله ولكني لم أعرف مامعنى قوله يجب من البنيان ولاضبط هذه الكلمة أيضاً عني يجب غير أنه إذا كانت الحمام كلها من خشب وهى مثبتة فى الدار لاتنقل ولاتحول كانت كالسور الخشب المسمرة التى لاتحول وفى دخولها وجهان (أصحهما) الدخول كما سيأتي واذا كان كذلك فيكون ماقاله ابن الرفعة موافقاً لأحد الوجهين وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن لكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذى ذكره وذلك عندهم فى كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله ولا فرق فى ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرها وكذلك طردوه في صندوق رأس البئر وهى الحرزة التى على فوهتها والغالب إنما تكون من حجر أو رخام وكذلك طردوه فى معجن الجيار والغالب أنه يكون من فخار فهو كالآجر الذى جعله هو من جنس أجزاء الأرض وفرق بينه و بين الخشب وكذلك حجر الرحا وغير ذلك مما

فأن أريد بالأجزاء فيها كل مايتركب منه الشيء فيلزم أن لاتكون الحبوب مثلية لأنها تتركب من القشور والألباب والقشر مع اللباب مثلياً فى القيمة والمنفعة وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم وان أريد الأجزاء التى يقع عليها اسم الجملة فيلزم أن لاتكون الدراهم والدنانير مثلية لما يقع فى الصحاح من اختلاف فى الوزن وفى الاستدارة والاعوجاج وفى وضوح السكة وخفائها وذلك ما يؤثر فى المنفعة والقيمة والنظر إلى الجرم بعيد لأن الحبوب والتمور متماثلة ومعلوم أن نوعا منها لا يخلو عن اختلاف الحبات فى الصغر والكبر فاذاً أظهر العبارات الثانية لكن الأحسن أن يقال المثلى كل مايحصره الكيل أو الوزن ويجوز السلم فيه ولا يقال كل مكيل أو موزون لأن المفهوم منهما مايعتاد كيله و وزنه فيخرج منه الماء وهو مثلى على الاصح هذا ما يتعلق بالضبط وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف فى الصفر والنحاس والحديد والآنك لان أجزاءها مختلفة الجواهر ولان زبرها متفاوتة الاجرام وفى التبر والسبيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن بمثل ذلك وفى العنب والرطب

ستأتى أمثلته حتى لوفرضنا حماما من حجر وهى مثبتة فى الدار وكان يمكن أن تنقل وهى على حالها و ينتفع بها اقتضى أن يجرى فيها الخلاف المذكور فى الأمثلة المذكورة ثم أن الشافعى رضي الله عنه إنما ذكر النص المذكور فى الأرض والمعني الذى أبداه ابن الرفعة وهو اعتبار أجزاء الأرض إنما يتم فيها والكلام هنا إنما هو فى بيع الدار ومن المعلوم أن الدار فى العرف غالباً يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الأرض تحت اسم الارض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار والتحقيق ما قدمته من إلحاقها بالسرير ونحوه والله أعلم * هذا ما يتعلق بالحمام (وأما) الآلات فهي على ثلاثة اضرب (أحدها) ما أثبت تتمة للدار ليدوم فيها و يبقى كالسقوف والابواب المنصوبة وما عليها متصلا بها من الاغاليق والحلق والسلاسل والضباب والجناح والدرج والمراقى المعقود من الآجر والجص وغيره (والآخر) المفروس فى الدار والبلاط والطوابيق يدخل فى البيع فانها معدودة من أجزاء الدار (الثانى) ماهو مثبت فيها متصل بها ولكن لا على هذا الوجه كالرفوف المتصلة وهى المسمرة أو التى اطرافها فى البناء والخوابى وأحدثها خابية وهى الزير عند أهل مصر والاجاجين والدنان المبنية للانتفاع بها فى ترك الماء فيها أو غسل الثياب والسلالم المسمرة والاوتاد المثبتة للانتفاع بها فى الارض والجدران والتحتاني من حجر الرحا المثبتة وخشب القصار ومعجن الخباز والسرر المسمرة والدرابزين وصندوق رأس البئر وصندوق الطحان وفى جميع ذلك وجهان (أحدهما) وهو الذى جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثانى) لا تدخل لأنها انما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال وعند القاضي حسين المعلاق من هذا النوع الذى فيه وجهان وجعله فى كل ماهو متصل و يمكن الانتفاع به بعد

وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض وكذا فى الدقيق والاظهر أنها جميعاً مثلية وفى السكر والفانيد والعسل المصفى بالنار واللحم المشوى الخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه وفي الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض وأيضاً للخلاف فى جواز السلم فيه وجعل صاحب الكتاب الاظهر كونه مثلياً بناء علي قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض ويجوز السلم فيه لكنا أثبتنا الخلاف فى السلم و بيان ذلك الخلاف (وقوله) فان اخلاطه غير مقصودة بخلاف سائر المخلوطات يعني المعجونات والغوالى ونحوها والفرق بين ما يقصد اخلاطه و بين مالا يقصد منه الا الواحد مقرر فى السلم أما الحبوب والادهان والالبان والسمن والمخيض والخل لم يستعن فى ايجاده بالماء والزبيب والتمر ونحوها فهى مثلية بالاتفاق وكذا الدراهم والدنانير لكن قضية العبارة الثانية أثبات الخلاف فيها لان فى السلم فيها اختلافا قد تقدم وأيضاً فانهم جعلوا المكسرة علي الخلاف فى التبر والسبيكة لتفاوت القراضات في الجرم ومثل ذاك يفرض فى الصحاح فيلزم مجيء الخلاف فيها وهذا فى الدراهم والدنانير الخالصة أما

الانفصال والأكثرون عدوا الاعاليق من القسم الاول وقد تقدم في حجارة رحا الماء عن صاحب الحاوي وغيره أربعة أوجه ومحلها هناك في بيع الأرض ومانحن فيه في بيع الدار وفصل الماوردي في الحباب المدفونة فقال ان كان دفنها استيداعا لها في الارض لم تدخل في البيع وان كان دفنها للانتفاع بها على التأبيد كحباب الزياتين والبزازين والدهانين دخلت وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال (الضرب الثالث) المنقولات كالدلو والرشا والمجارف والسرر والرفوف الموضوعة على الاوتاد والسلاليم التي لم تسمر ولم تطين والاقفال والكنوز والدفائن والصناديق والمتاع ورحا اليد التي تنقل وتحول والخزائن المنفصلة وأقفالها ومفاتيحها والأبواب المقلوعة والحجارة المدفونة والآجر الذي دفن ليخرج ويستعمل وكذا كل مافصل من آلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل أو كان أبوابا ولم تنصب وجزم الرافعي وجماعة بأن البكرة كالدلو من هذا النوع الذي لاخلاف فيه وحكي القاضي حسين في البكرة وجهين وليس ببعيد فان البكرة كالمتصل وليست كالدلو فلايدخل شيء منها في البيع جزماً وفي حجر الرحا الفوقاني اذا كان الرحا مبنياً وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبي الطيب والرافعي وهو اختيار أبي اسحاق الدخول ومقابله قول ابن أبي هريرة وهما مفرعان على قولنا إن التحتاني يدخل (اما ان قلنا) بعدم الدخول فيه ففي الفوقاني أولى والاقيس عند الامام أن لايدخل واحد منها وفي مفتاح المغلاق المثبت وجهان (أحدهما) أنه لايدخل كسائر المنقولات وهو قول ابن أبي هريرة (وأصحهما) عند الرافعي وغيره ويحكي عن صاحب التلخيص وأبي اسحق المروزي أنه يدخل لأنه من توابع المغلاق المثبت قال صاحب الحاوي وهكذا كل ما كان متفصلاً

المغشوشة ففي التتمة أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها ان جوزناها فهي مثلية والا متقومة لان مالا يملك بالعقد لايملك بالقبض عوضاً عن التلف *

قال ﴿ ثم ان لم يسلم المثل بعد أن تلف المغصوب حتي فقد المثل * فقيل الواجب أقصى قيمة المغصوب من وقت الغصب إلى التلف * وقيل أقصى قيمة المثل من وقت وجوبه إلى الاعواز * وقيل من وقت الغصب إلى الاعواز * وقيل إلى وقت طلب الضمان ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة على الاظهر لتمام الحكم بالبدل الحقيقي ﴾ *

اذا غصب مثلياً وتلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد أخذت منه القيمة والمراد من الفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه على ما تبين في انقطاع المسلم فيه وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه (أحدها) أنها أقصى قيمة من يوم الغصب إلى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه كما في المتقومات (وثانيها) أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغصوب إلى الاعواز لان المثل هو

لايمكن الانتفاع به الا مع متصل بالدار فيه وجهان ورتب القاضي حسين الوجهين في المفتاح على الوجهين في المتصل وأولى بعدم الدخول وفى الواح الدكاكين مثل هذين الوجهين لانها أبواب لها وان كانت تنقل وترد وقيل تدخل وجها واحداً لانها كالجزء منها حكاه الروياني وهو المذكور فى التتمة قال الرافعي والذى يقتضيه العرف الدخول وهذا ميل منه الى الطريقة التى حكاها الروياني وان لم يذكرها وجزم ابن خيران فى اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراباتها الا ما كان من الدرابات مسمراً والبغوى صحيح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعي ولو جعل فى الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فان قال بعتك هذه الدار فني دخول الأجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها حيث لاتكون الدار مدبغة فالدخول ههنا أولى وان قال بعتك هذه المدبغة دخلت الاجاجين قطعاً فان لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للاجاجين المبنية فيها قال الامام ومراقى الخشب اذا أثبتت اثبات تخليد فهى على الاصح كرقى الآجر والجص بخلاف السلاليم وفى التتمة أن فى أصل هذه المسائل الخلاف فى تجويز الصلاة الى العصا المغروزة في سطح الكعبة ان جوزنا فقد عددناها من البناء فتدخل والا فلا قال الرافعي وهذا يقتضى التسوية بين اسم الدار والمدبغة قال ابن الرفعة وفيه نظر لان مأخذ الدخول على هذا مايشير اليه اللفظ فنزل ذلك منزلة التصريح والدخول و يدخل فى بيع الدار التنور وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال مايكون في الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لايتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل فالاول يدخل والثانى لايدخل والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح وذكر الروياني فى توجيه القول بدخول الحجر الفوقاني القياس على الابواب مع أن الابواب قائمة فى الدورات غير مغروزة فيها والقائل الآخر يفرق بأن الابواب البقاء محيط بها وانما تثبت منفصلة ليمكن ردها وفتحها •

الواجب الا انه لما تعذر الوصول اليه فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر و يطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند اعواز المثل قيمة المغصوب لانه الذى تلف على المالك أو قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره وفيه وجهان لابى الطيب بن سلمة (ان قلنا) بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب (وان قلنا) بالثانى اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الانقطاع والاعواز ولفظ الكتاب فى حكاية الوجه الاول أقصى قيمة المغصوب وفى حكاية الوجه الثانى أقصي قيمة المثل اشارة الى هذا (وثالثها) وهو الاصح أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغصب الى الاعواز لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين فاذا لم يفعل غرم أقصى

فرع

﴿ فرع ﴾ ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور فى الاجاجين المثبتة والحجر الاسفل من الرحا والسلاليم المسمرة يجري فى بيع الارض اذا قلنا انه يدخل فى بيعها البناء والغراس •

﴿ فرع ﴾ تقدم الخلاف فى دخول الرحا مرتباً ومن ذلك يأتى فيهما ثلاثة أوجه وقال ابن الرفعة انها مفرعة على النص فى أن البناء والغراس يدخلان فى بيع الأرض (أما) إذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخل واحد من الحجرين قولا واحداً وهذا منه رحمه الله إنما يحسن إذا كان الكلام فى دخول ذلك فى الأرض ولم يجر لذلك ذكر وانما كلامنا وحكاية الأصحاب لاوجه فى ذلك فى دخولها تحت اسم الدار وحينئذ فيتجه الخلاف مطلقاً لأن الأبنية تندرج فى بيع الدار إلا على ماقاله الجوزى وذلك ضعيف جداً والله أعلم •

﴿ فرع ﴾ الميزاب عده صاحب الحاوى مما يدخل فيحتمل أن يكون ملحقاً بالأبواب والضباب فيدخل جزما ويحتمل أن يكون ملحقاً بالرفوف المتصلة فيجرى فيها الوجهان ويكون أطلق القول فيه على رأى المصنف فى دخولها ويدخل الاختصاص التى على السطح قاله صاحب التتمة •

﴿ فرع ﴾ إذا كان فى الدار بئر دخلت لبنها وآجرها قاله القاضى أبو الطيب وغيره ولاخلاف فى ذلك وممن صرح بعدم الخلاف فيه صاحب العدة فى البئر وسيأتى الكلام فى الماء أو صهريج دخل فى البيع أيضاً لأنه من جملة بنائها فهو كالخزائن والسقوف ذكره صاحب الاستقصاء ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخل فى العقد وان قال بحقوقها لأن اسم الحقوق لايطلق على البستان المتصل بالدار قاله القاضى حسين •

قيمة من المدتين كما أن المتقومات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب المتقوم (ورابعها) أقصى القيم من الغصب الى وقت تغريم القيمة والمطالبة بها لان المثل لا يسقط بالاعواز الا ترى أن المغصوب منه لو صبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به وانما المصير الى القيمة عند تغريمها وهذه الاوجه الاربعة هى المذكورة فى الكتاب (وخامسها) عن رواية الشيخ أبى محمد أنها أقصى القيم من وقت انقطاع المثل واعوازه إلى وقت المطالبة بالقيمة لأن الاعواز وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة فيعتبر الاقصى من يومئذ (وسادسها) أنها أقصى القيم من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبة لان الضمان يومئذ يجب (وسابعها) أن الاعتبار بقيمة اليوم الذى تلف فيه المغصوب (وثامنها) أن الاعتبار بقيمة يوم الاعواز لانه وقت العدول الي القيمة ويحكى هذا عن اختيار أبى على الزجاجى والحناطى والماوردى وأبى خلف السلمى (وتاسعها) أن الاعتبار بقيمة يوم المطالبة لان الاعواز حينئذ يظهر و يتحقق وقد يتبدل لفظ المطالبة والتغريم

﴿ فرع ﴾ وأما حريم الدار فان كانت فى سكة غير نافذة دخل ولو كان فى الحريم أشجار ففى دخولها الخلاف فى دخول الأشجار فى الدار وان كانت فى سكة نافذة أو فى طريق الشارع لم يدخل الحريم قاله القاضى حسين وصاحب التهذيب والرافعى وغيرهم قال الرافعي بل لاحريم لمثل هذه الدار على ماسنذكر فى إحياء الموات وقال المتولى ان الأشجار فى الطريق النافذ لاتدخل إلا بالتنصيص وفى غير النافذ إن أطلق العقد لم تدخل وان قال بحقوقها دخلت لأن تلك البقعة ومافيها من جملة حقوق تلك البقعة وهذا يقتضى أن الحريم فى السكة غير النافذة لايدخل إلا بالتنصيص وما تقدم عن القاضى حسين والبغوى والرافعى أولى والله أعلم * وقال ابن خيران فى اللطيف ان بئر المطر إذا كانت فى ملكه خارج الدار لم تدخل فى البيع ولا بالشرط وهذا يوافق ماتقدم عن التتمة قاله ابن الرفعة (قلت) قال فى شرح الوسيط ثم يكتب بعده وهذا الذى ذكره ابن الرفعة صحيح وليس اعتراض على كلام الأصحاب فان مقصودهم أنه حيث ثبت الحريم هل يدخل هو وأشجاره فى بيع الدار أم لا ولا شك أن الحريم ثابت فى السكة المنسدة إذا لم يكن فيها إلا تلك الدار وفى الصورة التى فرضها ابن الرفعة أيضاً والله أعلم * قال ابن الرفعة وحيث يدخل حريم الدار فى بيع الدار ينبغى أن يدخل حريم القرية فى بيع القرية *

﴿ فرع ﴾ إذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة قال الماوردى وابن أبى عصرون لم يدخل فى البيع لخروج ذلك عن حدود الدار التى لاتمتاز الدار عن غيرها الا بها ولا يصح العقد الا بذكرها وهى أربعة حدود فى الغالب فان استوفى ذكرها صح البيع وان ذكر حداً أو حدين لم يصح وان

بالحكم والقيمة والمرجع بها الى شيء واحد (وعاشرها) أنه ان كان منقطعاً فى جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الاعواز وان فقد في تلك البقعة فلاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة نقله صاحب المهذب وفيما علق عن الشيخ أبى حامد أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة لا يوم المطالبة ولا يوم التلف فهذا وجه آخر ان كان ثابتاً و يجوز اعلام جميع الوجوه المذكورة فى الكتاب ـ بالحاء ـ لان البندنيجي حكى عن أبى حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة والقبض هذا لفظه ـو بالالف ـلان مذهب احمد كالوجه الثامن ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود فالقياس أن يجب على الوجه الاول والثالث أقصى القيم من يوم الغصب الي التلف وعلى الثانى والسابع والثامن قيمة يوم التلف وان يعود الرابع والسادس والتاسع بحالها وعلى الخامس أقصي القيم من يوم التلف الى يوم التغريم وعلى العاشر ان كان مفقوداً فى جميع البلاد وجب قيمة يوم التلف والا قيمة يوم التغريم ولو تلف مثلياً على انسان من غير غصب واثبات يد عليه وكان المثل موجوداً فلم يسلم حتى فقد فعلى الوجه الاول تجب قيمة يوم الاتلاف وعلى الثاني

ذكر ثلاثة فان كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل وان تميزت فالصحيح الصحة وفيه وجه أنه باطل (قلت) وفى اشتراط ذكر الحدود اذا كانت الدار معلومة نظر والذى ينبغى الصحة اذا ذكر مايميزها ويمنعها من التباسها بغيرها وعلى ذلك ينبغى أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها لاقتضاء العرف ذلك (وأما) اذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردى وممن حكى الخلاف فى مسألة الحدود تبعا للماوردى الشاشي فى الحلية وقال ابن الرفعة ان الذى يظهر من كلام الأصحاب الصحة اذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت وحكى مع ذلك كلام الماوردى أيضا والله أعلم بالصواب *

﴿ فرع ﴾ حكاه الماوردى أيضا اذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه (احدها) أنه يدخل كالجناح (والثانى) لا يدخل الا بالشرط كالحجرة والساحة (والثالث) وهو تخريج أبي الفياض ان كان كل واحد من طرفى الساباط مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل قال ابن أبي عصرون وهو أصحها وأطلق ابن خيران فى اللطيف عدم دخول الساباط واذا باع دارا على بابها ظلة مثبتة على جدارها دخل فى مطلق بيع الدار خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قال صاحب العدة وقال لنا انها جزء من الدار واذا دخل الميزاب فيه فهذا أولى *

﴿فرع﴾ تقدم أن الاغاليق تدخل فى المبيع والمفهوم ما كان مسمراً كالنصب المعهودة والدوار المسمي بالكيلون وتقدم أن اقفال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها لاتدخل وذلك ظاهر لأن الخزائن

وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الاتلاف الى الاعواز وعلى الرابع من يوم الاتلاف الى التغريم والقياس عود الوجوه الباقية ولو أتلفه والمثل مفقود فالقياس أن يقال على الوجه الاول والثانى والثالث والسابع والثامن تجب قيمة يوم الاتلاف وعلي الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الاتلاف الى التغريم وعلي السابع قيمة يوم التغريم وعلى العاشر ان كان منقطعاً فى جميع البلاد وجبت قيمة يوم الاتلاف والا فقيمة يوم التغريم والله أعلم * (ومنها) غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ثم وجد المثل هل للمالك رد القيمة وطلب المثل فيه وجهان (أحدهما) نعم لأن حقه المثل وانما أخذت القيمة للعجز عنه واذا حصلت القدرة عدل اليه كما اذا غرم قيمة العبد الآبق ثم عاد (وأظهرهما) على ماذكر صاحب الكتاب والقاضي الرويانى المنع لان الامر قد انفصل ببذل المثل واذاتم الحكم بالبدل فلا عود الى المبدل كما لو صام المعسر فى الكفارة المرتبة ثم أيسر وهذا معني قوله لتمام الحكم بالبدل الحقيقي وأراد بتسميته حقيقياً أن القيمة بدل حقيقية عند اعواز المثل لالالتحاق المثل حينئذ بالمتقوم وفى غرامة العبد الآبق ليست القيمة بدلا حقيقية وانما هى مأخوذة لحصول الحيلولة بينه

المنفصلة لاتدخل فهي أولى أما الأقفال الحديد المعهودة على الأبواب المثبتة فلا تدخل لأنها منقولة كذلك يقتضيه كلام البغوي فى التهذيب وغيره وأطلق ابن خيران فى اللطيف وهو ظاهر لان العرف لايقتضى دخولها على الاطراد ﴿ تنبيه ﴾ يوجد فى بعض المختصرات اطلاق القول بأن المفتاح يدخل فى بيع الدار (والصواب) ان ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضبة والدوار كما نبهت عليه (أما) مفتاح الغلق المنقول كالأقفال الحديد الذى ينقل فهو تابع للقفل فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب التهذيب وغيره قال ابن الرفعة انه لاخلاف فى ذلك *

﴿ فرع ﴾ تقدم عن أبي الحسين الجوزى أنه اذا رهن أرضا أو داراً ففى دخول البناء قولان ونبهت هناك على غرابته وأنه على مسافة تقتضى جريان ذلك فى البيع فان صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه لانه اذا لم يدخل البناء لاتدخل هذه الاشياء بطريق أولى لكن هذا بعيد جداً لايشهد له عرف ولا لغة (١) *

﴿ فرع ﴾ وأما الشجر ففى دخولها فى بيع الدار الطرق الثلاث التى مرت فى دخولها فى بيع الأرض هكذا قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين والرافعى وكان يمكن أن يقال دخول الشجر هنا أولى من دخوله فى بيع الأرض لان الدار اسم لجميع ماحواه بناؤه من بناء وشجر وكذلك الأرض وحكى الامام والغزالى الخلاف فى المسألة ثلاثة أوجه (ثالثها) انه ان بلغت الأشجار مبلغها تجوز تسمية الدار بستانا لها لم تدخل فى اسم الدار والا دخلت مالا وهذا

(١) كذا بالأصل فحرر

و بين حقه وهو المثل فالاجود من الفرق أن يقال العين عين حقه المغصوب والمثل بدل حقه فلا يلزم من تمكينه من الرجوع الى عين حقه تمكينه من الرجوع الى بدل حقه *

قال ﴿ ولو أتلف مثلياً فظفر به فى غير ذلك المكان لم يلزمه الا القيمة * فاذا عاد الى ذلك المكان لزمه المثل وأخذ القيمة * ولو ظفر به فى غير ذلك الزمان جاز طلب المثل لان رد الزمان غير ممكن فتعذر المثل الحقيقى * والمسلم اليه اذا انتقل لم يطالب * وفى مطالبته بالقيمة تردد من حيث انه اعتياض * فان منع فله الفسخ * وطلب رأس المال ﴾

مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المكان والزمان أما المكان فاعلم أولا أنه لو غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده وله أن يطالب بالقيمة فى الحال للحيلولة ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده ولو تلف فى البلد المنقول اليه طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين فى الموضعين فان فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة ولو أتلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده فى بلد ثم ظفر المالك به فى بلد آخر هل له مطالبته بالمثل الذى ذكره

أعدل الوجوه وهذا منها بناء على ما اختاره أن الشجرة لا تدخل فى بيع الارض على الاصح عندها والا فمتى قيل بالتبعية فى الارض ففى الدار أولى واقتضى كلام الامام فى الاوجه المذكورة أن التفريع على اتباع الاسم أى على أن البناء والشجر لايدخل فى بيع الارض وما قاله يؤيد ماذكرته من الاولوية وهو متجه فى المعنى الا أن كلام أكثر الائمة من العراقيين وغيرهم فانه يمكن أن تكون الطرق الجارية في استتباع الارض للبناء والشجر جارية فى استتباع الدار للشجر فعلى طريقة الاستتباع يدخل الشجر ههنا وكذلك علي القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف (وأما) على طريقة تقدم الاستتباع أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجرى الأوجه الثلاثة التى ذكرها الامام فى استتباع الدار الشجر ومنشأها التردد فى أن اسم الدار يشملها لا أنها تدخل تابعة فان التفريع على خلافه وليس فى ذلك الا زيادة على ما نقلوه وتفصيل لما أطلقوه وهو حسن وكيفما قدر فالاصح من المذهب الدخول على غير طريقة الامام والغزالى والله أعلم * وقد وقع فى التعبير عن الوجه الثالث تفاوت لطيف فعبارة الامام ما قدمتها وكذلك الغزالى فى البسيط وقال فى الوسيط ان كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون الدار بستانا لم يندرج والا فيندرج وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانا وتكون الدار داخلة تحت اسمه وحينئذ يوافق عبارة الامام والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الباب إذا كان مغلوقا لايدخل في بيع الدار والارض الا بالشرط وكذلك ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغيره قاله ابن خيران فى اللطيف وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضا *

الأكثرون أنه إن كان مما لامؤنة لنقله كالدراهم والدنانير فله المطالبة بالمثل وان كان لنقله مؤنة لم يكن له طلب المثل ولا للغارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه من المؤنة والضرر وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف فان تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل وعلى هذا تنزيل جوابه فى الكتاب وان أطلقه إطلاقا وحكى الامام وراءه وجهين (أحدهما) عن شيخه أبي محمد أنه يطالبه بالمثل وان لزمت المؤنة وزادت القيمة كما لو أتلف مثلياً فى وقت الرخص له طلب المثل فى وقت الغلاء (والثانى) عن رواية الشيخ أبي على أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف أو أقل طالبه بالمثل والا فلا وذكر أبو عاصم العبادى مثل هذا واذا حكمنا بالمنع وأخذ القيمة ثم اجتمعا فى بلد التلف هل للمالك رد القيمة وطلب المثل وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة لاعواز المثل والذى أورده صاحب الكتاب منهما أن عليه المثل وأخذ القيمة مع أنه جعل الأظهر فى مسألة الاعواز المنع وهذا لاوجه له بل الخلاف فى المسألتين واحد باتفاق الناقلين فاما أن يختار فيهما النفى أو الاثبات ولو نقل المغصوب المثلى إلى بلد آخر فتلف هنك أو أتلفه ثم ظفر به المالك فى بلد ثالثة وقلنا انه لايطالب

﴿ فرع ﴾ باع سفينة قال الماوردى يدخل فى البيع ما كان من البناء متصلا وفى دخول ما لا يستغنى عنه من آلتها المنفصلة وجهان يعنى المتقدمين عن أبى اسحق وابن أبى هريرة *

﴿ فرع ﴾ تقدم الكلام فى حجرى الرحا ودخولها تحت اسم الدار (وأما) لو قال بعتك هذه الطاحونة قال الامام فالحجر الاسفل يدخل لا محالة وفى دخول الحجر الاعلى خلاف (والاظهر) دخوله لان تعرضه باسمها للطحن والطحن لا يقع إلا بالحجر فهذا هو الذى لا يتجه غيره ولأجل هذا الكلام من الامام قال الغزالى في الوسيط انه لا خلاف فى اندراجها تحت اسم الطاحونة أي لا خلاف به احتفال وفى البسيط صرح بالخلاف كما ذكر الامام *

﴿ فرع ﴾ إذا قال بعتك هذا الحانوت قال صاحب الاستقصاء قال الصيمرى دخل فى بيعها الدر وندو العاج ولا يدخل فى بيعها الدرايات لانها منفصلة عنها فهى كالرفوف التى لم تسمر قال يعنى الصيمرى (وأما) الشرائح فقد قيل تدخل فى البيع وقيل لا تدخل (والصحيح) أنها ان كانت كالمبني دخلت والا لم تدخل قال وما سوى ذلك فان كان غير منصرب لم يدخل وان كان منصوبا فقد قيل يدخل كالباب المنصوب وقيل لا يدخل كالرفوف التى لم تسمر (قلت) وقد تقدم حكاية الوجهين فى الدراديب (وأما) المتصل بالحائط من الخشبة فانه يدخل فى البيع أيضا لاتصاله جزم به الماوردى *

﴿ فروع ﴾ جرت عادة الاصحاب بذكرها فى هذا البـاب * لو باع العبد وفى أذنه حلق أو فى أصبعه خاتم أو فى رجله حذاء لم يدخل فى البيع لان ذلك ليس من أجزاء العبد وهل تدخل

بالمثل فى غير موضع التلف فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة (وأما) إذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل وان زادت القيمة وليس له إلا ذلك وان نقصت القيمة والفرق بينه و بين المكان (إذا قلنا) لا يطالب بالمثل فى غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الأول يمكن فجاز انتظاره ورد الزمان الأول غير ممكن فقنعنا بصورة المثل وان لم يكن ذلك مثلا حقيقة لأن التساوى فى القيمة معتبر فى المثلين وللزمان أثر ظاهر فى تفاوتهما لكن يتوجه على هذا أن يقال نعم رد الزمان الأول غير ممكن لكن انتظار الزمن الذى تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الاتلاف ممكن فهلا قنع بقيمة يوم الاتلاف وانتظر المثل اليه وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية (أما) إذا خرج كما إذا أتلف عليه الماء فى مفازة ثم اجتمعا على شط نهر أو بلد أو أتلف عليه الجمد فى الصيف واجتمعا فى الشتاء فليس للمتلف بذل المثل بل عليه قيمة المثل فى تلك المفازة وفى الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا فى مثل تلك المفازة وفى الصيف هل يثبت التراد فيه الوجهان السابقان (وأما) قوله فى الكتاب والمسلم إليه إلى آخره فقد ذكرنا المسألة بما فيها فى السلم *

ثيابه التي عليه في البيع فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الذي نسبه الماوردي الى جميع الفقهاء لا لأنه لايدخل شيء من ذلك إلا بالتسمية * قال الروياني ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجار (والثاني) و به قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع للعادة (والثالث) يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعل الدابة وان باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجها واحداً قاله في الاستقصاء ولا يدخل في بيعها المقود والحبل قاله الروياني وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل قال الماوردي وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما تستر به العورة و يدخل في بيع الدابة النعال المسمرة في أرجلها لأنها كالمتصلة بخلاف القرط في الاذن حيث لم يدخل لان النعل يستدام والقرط لا يستدام قاله الماوردي وان باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فان كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة والا فهي ملك الصياد كما يملك من ما يأخذه من المعدة فان السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر ور بما ابتلعت شيئا منه قاله الماوردي * وان باع طيراً فوجد في جوفه جراداً أو سمكا قال الماوردي دخل في البيع لانه من أغذيته قال في الاستقصاء فهو كالحب في بطن الشاة قال الماوردي ولو وجد في جوفها حماما لم يدخل في البيع وان ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لان السمك قد يتغذى بالسمك وحكي صاحب الاستقصاء أربعة أوجه (أحدها) هذا (والثاني) لايدخل بل هو على ملك البائع (والثالث) ان كان صغيراً دخل وان كان كبيراً لم يدخل قال في

قال ﴿ ولو أتلف آنية من نقرة يلزمه المثل * وما زاد بالصنعة يقوم بغير جنس الأصل حذراً من الربا * وقيل لايبالى به فانه ليس ببيع ﴾ *

الذهب والفضة إما أن يكونا مضرو بين فقد ذكرنا أنهما مثليان أو لايكونا مضرو بين وكل واحد منهما إما أن تكون فيه صنعة كالحلى أولا تكون كالتبر (أما الأول) فاذا أتلف حلياً وزنه عشرة وقيمته عشرون فقد نقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه (أحدهما) أنه يضمن العين بوزنها من جنسها والصنعة بقيمتها من غير جنسها سواء كان ذلك نقد البلد أو لم يكن لأنا لو ضمنا الكل بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا (وأصحهما) عندهم أنه يضمن الجميع بنقد البلد وان كان من جنسه ولا يلزم الربا فانه إنما جرى في العقود لافي الغرامات ولو كان هذا ربا لكان الوجه الاول أيضاً ربا فانه كما لايقابل دينار بدينارين لايقابل دينار بدينار ودرهم وفيه وجهان آخران (أحدهما) أن العين تضمن بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد كما لو أتلف الصنعة وحدها بكسر الحلي يضمن بنقد البلد سواء كان من جنس الحلي أو غير جنسه وهذا محكى في النهاية مع الأولين (والثاني) أنه يضمن الكل بغير

الاستقصاء قال الصيمري (والصحيح) أن يقال إن كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل فى بيعه كما يدخل فى بيع الطير الذى يأكل الحيتان وان كان مما لا يأكل الحيتان لم يدخل قال الماوردي قال الشافعى ويؤكل الحوت والجراد الموجود فى جوف الطائر قال الماوردى وهذا صحيح لكن بعد الغسل لتنجسها بما فى جوف الطائر فلو كان مأخوذا من جوف الحوت لم يجب غسله لان ما فى جوف الحوت ليس بنجس وما فى جوف الطائر نجس (قلت) وما فى جوف السمك وجهان (أظهرهما) عند الرافعى النجاسة فعلى هذا يجب الغسل فيهما وان باع دجاجة وفى جوفها بيض دخل فى البيع لانه من نماء الأصل فهو كالحمل قاله صاحب الاستقصاء *

(فرع) فى مذاهب العلماء حكى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل فى بيع الدار وان كان متصلا بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله وحكى عن زفر رحمه الله أنه قال اذا كان فى الدار آلة وقماش دخل فى البيع ولهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها ومنها احتراز من قوله قال ذلك صاحب الحاوى ورد صاحب الحاوى على زفر بانه لو دخل ذلك لدخل ما فى الدار من عبيد واماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال هذا * قال الماوردى حكى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحلى يدخل فى البيع لانه فى يده *

جنسه تحرزاً من التفاضل ومن اختلاف الجنس فى أحد الطرفين ويروى هذا عن أبى حنيفة وأحسن ترتيب فى المسألة ما ذكره فى التهذيب وهو أن صنعة الحلى متقومة وفى وزنه الاختلاف الذى سبق فى التبر والسبيكة (إن قلنا) انه مثلى فوجهان (أحدهما) أنه يضمن الكل بغير جنسه كيلا يلزم الربا (وأصحهما) أنه يضمن الوزن بالمثل والصنعة بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه (وان قلنا) انه متقوم فيعتبر الكل بنقد البلد كيف كان وينبغى أن يجيء على هذا وجه التضمين بغير الجنس إذا كان نقد البلد من الجنس لأن معنى الربا لا يختلف ولو أتلف آنية من ذهب أو فضة فتبني على أن اتخاذها هل هو جائز (ان قلنا) نعم فهو كما لو أتلف حلياً (وان قلنا) لا فهو كاتلاف ما لا صنعة فيه كالتبر والسبيكة فينبني على الخلاف فى أنه مثلى أو متقوم (ان قلنا) بالاول ضمن مثله (وان قلنا) بالثانى فوجهان (أحدهما) أنه يضمن قيمته بنقد البلد سواء كان من جنسه أو من غير جنسه كسائر المتقومات (والثانى) أن الجواب كذلك إلا اذا كان نقد البلد من جنسه وكانت القيمة تزيد على الوزن فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به وهذا ما اختاره العراقيون ههنا فارقين بين ما فيه صنعة وبينه بأن الزيادة ثم تقع فى مقابلة الصنعة فلا تؤدى الى الربا وههنا لا قيمة للصنعة

فيلزمه

• قال المصنف رحمه الله تعالى •

﴿: وأما الماء الذى فى البئر فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق الماء غير مملوك لانه لو كان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شر به لأنه اتلاف عين فلا يستحق بالاجارة كثمرة النخل والواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شر به كما لايجوز رد النخل بعدأ كل ثمرته فعلى هذا لا يدخل فى بيع الدار غير أن المشترى أحق به لثبوت يده على الدار وقال أبو على ابن أبي هريرة هو مملوك لمالك الدار وهو المنصوص فى القديم وفى كتاب حرملة لانه من نماء الاض فكان لمالك الأرض كالحشيش فاذا باع الدار فان الماء الظاهر للبائع لايدخل في بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى فعلى هذا لايصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء للمشترى لانه اذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشترى فينفسخ البيع ﴾ •

فيلزمه الربا لـكن لصاحب الوجه الاول أن يقول لوكان الربا من الغرامات لاستوى المصنوع وغيره كما لو قابل حلياً بتبر لايجوز للفضل (وقوله) فى الـكتاب ولو أتلف آنية التصوير فى الآنية مفرع على جواز اتخاذها كما بيناه (وقوله) ويلزمه المثل مثل وزن الآنية والحلى التبر لاالدراهم والدنانير المضروبة (قوله) لانبالى به أى أنه بتقويم الصنعة بجنس الاصل وتغريمها رد وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد اذا كان نقد البلد من جنسه ووجه تقويم الاصل بالمثل والصنعة بنقد البلد اذا كان من جنسه ويجوز اعلامه ـ بالحاء ـ وكذا اعلام قوله يلزمه المثل لما مر من الرواية عند قوله فانه ليس ببيع يعنى أنه غرامة متلف ومحل الربا انما هو البيوع والمعاقدات •

قال ﴿ ولو اتخذ من الرطب تمراً وقلنا لامثل للرطب والتمر مثل • أو من الحنطة دقيقاً فالاولى أن يتخير المالك بين المطالبة بقيمة الرطب والدقيق أو مثل التمر والحنطة • كما لو اتخذ من السمسم الشيرج فيطالب ان شاء بالسمسم أو بالشيرج • ولو عدم المثل الا بالاكثر من ثمن المثل لم يلزمه الشراء على الأظهر ﴾•

فى الفصل مسألتان (الاولى) اذا تغير المغصوب في يد الغاصب من حال الى حال ثم تلف عنده فاما أن يكون متقوما فى الحالة الأولى مثلياً فى الثانية أو بالعكس أو مثلياً فيهما أو متقوما فيهما (أما) القسم الاول فكما اذا غصب رطباً وقلنا انه متقوم فصار تمراً ثم تلف عنده ففيه وجهان (أحدهما) و به أجاب العراقيون أنه يضمن مثل التمر لانه لايمكن الجمع بين المثل والقيمة ولابد من ايجاب أحدهما والمثل أقرب الى التالف فيكون ايجابه أولى (وأشبههما) وهو المذكور فى التهذيب أنه ان كان الرطب أكثر قيمة فعليه قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه وان كان التمر أكثر قيمة أو استويا فعليه المثل واختيار

﴿الشرح﴾ قد تقدم أن بناء البئر والصهريج يدخلان في بيع الدار فاما الماء الذى فى البئر فيحتاج الى مقدمة وهى أن أصحابنا اختلفوا فى أن الماء الذى فى البئر هل يملك أولا على وجهين (أحدهما) وبه قال أبو اسحق المروزى وهو اختيار الشيخ أبي حامد على ماحكاه صاحب البيان أن الماء غير مملوك لانه يجرى تحت الارض ويجيء الى ملكه فهو بمنزلة الماء الذى يجرى فى النهر الى ملكه فانه لا يملك بذلك هكذا قال القاضى أبو الطيب ولما ذكره المصنف أيضاً وقياسه على ثمر النخل يعني اذا استأجر الارض يعني فلما جاز للمستأجر شربه وجاز ردها بالعين بعد شربه دل ذلك على أنه مباح غير مملوك وانما منع منه قبل الاجارة لانه لايجوز له الدخول الى ملك غيره بغير حق فلو أن داخلا دخل واخذه ملكه واستدل أيضاً بأنه اذا اشترى داراً واستقى من بئرها ثم وجد بها عيباً كان له ردها (والثانى) وهو اختيار أبى على ابن إبي هريرة انه يملك ماينبع في أرضه من عين أو بئر لانه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت ونقل هذا عن نصه فى

صاحب الكتاب أنه يتخير بين أن يأخذ مثل التمر أو قيمة الرطب لأنه أتلف عليه ماله وهو مثلى ورد ماله وهو متقوم فيطالب بموجب ما شاء من الحالين (وأما) القسم الثانى فهو كما لو غصب حنطة وطحنها وتلف الدقيق عنده أوجعله خبزاً أو أكله وقلنا لامثل للدقيق والخبز أوغصب تمراً واتخذ منه الخل بالماء فعلى جواب العراقيين يضمن المثل وهو الحنطة والتمر وعلى ماأورده فى التهذيب ان كان المتقوم أكثر قيمة غرمها والا غرم المثل وعن القاضى الحسين أنه يغرم أقصى القيم وليس للمالك مطالبته بالمثل لأن التلف حصل وهو متقوم وعلى هذا فاذا قيل من غصب حنطة فى الغلاء و بقيت عنده الى التلف وغرمه المالك فى وقت الرخص يغرم المثل أو القيمة لم يصح اطلاق الجواب بالمثل ولا القيمة بل الصواب أن يفصل فيقال ان تلفت وهى حنطة غرمه المثل وان صارت الى حالة التقويم ثم تلفت فالقيمة ويقال كأن القاضى قد لقن المسألة الرئيس أبا على المنيعي ليغلط بها فقهاء مرو فغلط من أطلق الجواب منهم (وأما) الثالث فكما لو غصب سمسما واتخذ منه شيرجا ثم تلف عنده ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار فيغرمه ماشاء منهما وفى التهذيب أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله والا تخير المالك وأخذ ماشاء منهما وظاهره يقتضى إثبات خلاف فى التخيير إذا كان أحدهما أكثر قيمة (وأما) الرابع فحكمه بين وهو وجوب أقصى القيم فى الحالين (المسألة الثانية) إذا لزمه المثل فعليه تحصيله ان وجده بثمن المثل واذا لم يجده إلا بما فوقه فوجهان (أحدهما) أنه لايلزمه تحصيله لأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم بدليل الماء فى الطهارة والرقبة فى الكفارة (والثاني) يلزمه لأن المثل كالعين ورد العين واجب وان لزم فى مؤنته اضعاف قيمته وهذا أظهر الوجهين عند صاحب

القديم وعن كتاب حرملة وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كالمأذون له بالعرف ولم يجب على المشترى غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة ومحل الوجهين فيما اذا كان البئر مملوكة أما اذا قصد بحفرها الأستقاء ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكا بالاتفاق للاصحاب • اذا علم ذلك (فان قلنا) انه لا يملك لم يدخل فى بيع الدار وكل من استقاه وحازه ملكه (وإن قلنا) انه مملوك لم يدخل الموجود منه فى البيع لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة وما ظهر بعد العقد يكون للمشترى لأنه حدث في ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التى فيها البئر على أن الماء الموجود عند العقد للمشترى لأنه لو لم يشترط كان باقياً على ملك البائع فيختلط بالماء الذى يحدث بعد العقد على ملك المشترى فيكون العقد باطلا من أصله وهو يشبه ما اذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالأول قبل امكان قطع الأول وسيأتى الكلام فى ذلك إن شاء الله تعالى ونقل الامام وغيره أن من أصحابنا من اتبع الماء البئر وجعله كالثمرة غير المؤبرة وهذا الوجه غريب جداً ومع غرابته صححه ابن أبي عصرون فى الاستقصاء وقال انه الاصح وانه يدخل فى بيع الدار وان جهل المقدار منه كما يدخل الحمل تبعاً وجزم به فى المرشد وهذا وان كان خلاف المشهور فالعرف يقتضيه فليلخص من هذا أن البيع على المشهور اذا أطلق فى البئر والدار التي فيها لا يستتبع الماء لأنه باطل على قول ابن أبي هريرة

التهذيب والقاضى الرويانى والأول أظهر عند آخرين ومنهم صاحب الكتاب وفرقوا بين المثل والعين بأنه تعدى فى العين دون المثل فلا يأخذ المثل حكم العين هذا ما يتعلق بقسم المثلى •

قال ﴿ أما المتقومات اذا تلفت تضمن بأقصي قيمتها من وقت الغصب إلى التلف • فان أبق العبد ضمن (ح) فى الحال للحيلولة • فاذا عاد ردت القيمة (ح) وسلم العبد • وللغاصب حبس العبد الى أن ترد القيمة عليه ﴾•

القسم الثاني من الأموال المتقوم فاذا غصبه وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف لأنه فى حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد فاذا لم يرد ضمن بدله وانما تجب القيمة من نقد البلد الذى حصل فيه التلف وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة ونقصان فى المغصوب كما اذا كان العبد كاتباً فنسى الكتابة وقد يكون لمحض ارتفاع الأسواق وانخفاضها فلو كانت قيمته مائة فبلغت مائتين ثم عادت بتراجع الأسواق الى مائة وخمسين ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة بانفاق السوق بعد التلف ولو تكرر ارتفاع السوق وانخفاضها لم يضمن كل زيادة وانما يضمن الأكثر ولو أتلف متقوما من غير غصب لزمه قيمته يوم الاتلاف فان حصل التلف بتدريج وسراية واختلفت القيمة فى تلك المدة كما اذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مائة ثم هلكت وقيمة المثل خمسون قال

والباطل لايستتبع وصحيح على قول ابى اسحق لكن الماء غير مملوك فلا يدخل فى البيع فاذا شرط دخوله على قول ابن أبي هريرة كان ذلك بالشرط لا بالتبعية هذا ماذكره العراقيون وقطعوا به قال الامام واست أرى قياساً ولا توقيفاً يخالف ما ذكروه ولكن العادة عامة فى المسامحة به فان تناقلت[1] ناظر عن هذا فكذلك والامام لم يخالفهم فى الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذى نقله هو فى غير هذا الموضع ذكره فى باب بيع الكلاب ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق قال الامام والماء الجارى أولى بالفساد (فان قلت) كيف صح اشتراطه وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول أبي اسحق فظاهر وأما على القول الآخر فلانه لايمكن تسليمه كما فى مسألة الثمار ولايجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود والذى سيحدث لانه مجهول معدوم وكذلك جزم القاضى أبو الطيب وغيره هنا بانه لايجوز بيع ماء البئر (قلت) صحيح أن بيع ماء البئر وحده لايجوز جزماً للعلة المذكورة وهي منتفية فيما اذا باعه مع البئر أوالدار لان الحادث حينئذ يكون على ملك المشترى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره فقد أمنا من الفساد ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا فى الدار وقد اعترض زين الدين الحلبي شيخ صاحب الوافى على المصنف فى قوله انه اذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشترى فينفسخ البيع بان الماء الظاهر ليس يمنع فاختلاطه بماء المشترى لايوجب

(١) كذا بالاصل فحرر

القفال يلزمه مائة لأنا اذا اعتبرنا الأقصى فى اليد العادية فلأن نعتبرها فى نفس الاتلاف كان أولى وليعلم قوله فى الكتاب فاقصى قيمتها - بالحاء والألف - أما الحاء فلان أبا حنيفة يعتبر قيمة يوم الغصب بناء على أن الزوائد غير مضمونه (وأما) الالف فلأن أحمد يعتبر قيمة يوم التلف اذا كان التفاوت لاضطراب الاسواق ولو لم يهلك العبد المغصوب لكنه أبق أو عيبه الغاصب أو ضلت الدابة أوضاع الثوب فللمالك أن يضمنه القيمة فى الحال لحصول الحيلولة ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب الى يوم المطالبة وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً فى الذمة حتى يجبر على قبوله والابراء عنه بل لوأبرأه المالك منها لم ينفذ وعن بعض الاصحاب تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك كما يملك عند التلف وينفذ تصرفه فيها ولا يملك الغاصب المغصوب كما لايملك نصف العبد اذا قطع إحدى يديه وغرم فاذا ظفر بالمغصوب فللمالك استرداده ورد القيمة وللغاصب رده واسترداد القيمة وهل له حبس المغصوب الى أن يسترد القيمة ذكر فى الكتاب أن له ذلك وهذا حكاه القاضى حسين عن نص الشافعي رضى الله عنه كما حكي ثبوت الحبس للمشترى فى الشراء الفاسد لاسترداد الثمن لكن تقدم فى البيع ذكر الخلاف فى ثبوت الحبس للمشترى و بينا أن الظاهر المنع ويشبه أن يكون حبس الغاصب فى معناه والمنع هو اختيار الامام فى الصورتين واذا

الفسخ وأجاب صاحب الوافى بأن الماء المجتمع حالة العقد فى الارض وهو غير ظاهر تابع للأرض يدخل فى العقد فيكون مبيعاً فاذا اختلط بماء البائع فينفسخ العقد فى قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لايتميز منه فكان كالتالف قبل القبض واذا تعذر القبض فى أحد العينين المبيعين هل يكون كالتعذر فى الاخرى حتى يبطل فى الجميع فيه خلاف ذكرناه فى كتاب البيوع اه ماأجاب به وأنا أقول ان اختلاط الماءين فى هذه المسألة كاختلاط الثمرة الحادثة بالموجودة فيما إذا كان المبيع هو الشجرة وسيأتى في آخر كلام المصنف أن الاكثرين على أنها على القولين فى اختلاط الثمار المبيعة بغيرها (والصحيح) عند المصنف من القولين المذكورين الانفساخ واذا ثبت هناك أن اختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمرة هناك اذا علم تلاحقها لايصح البيع من أصله كما سيأتى بحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة يعلم تلاحقها بغيرها ينبغى أن يكون كذلك و يبطل البيع من أصله وكذلك مسألة الماء فى مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ وليس معناه أن العقد ينعقد ثم ينفسخ بعد ذلك بالاختلاط ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله لأنه إذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه مايفسخه حكمنا ببطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأي المصنف وغيره من الاصحاب فان الصحيح عنده وعند الاصحاب

كانت الدراهم المبذولة باقية بعينها فى يد المالك فللشيخ أبى محمد تردد فى أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها أم لاواذا اتفقا على ترك التراد فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب (وقوله) في الكتاب ورد القيمة معلم بالحاء لان عنده تملك العبد بالضمان فلارد ولا استرداد وساعدنا فى المدبر وفيما اذا اختلفا فى القيمة وغرمناه ما اعترف به ثم تبين عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر واعلم أن التضمين فى صورة الاتفاق وغيرها لايختص بالمتقومات وان أورده فى هذا القسم بل ضمان الخيار ثابت فى كل مغصوب خرج من يد المالك وتعذر رده •

﴿ فرع ﴾ قد مر أن منافع المغصوب مضمونة فلو كانت الاجرة فى مدة الغصب متفاوتة يضمن فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضى أبو سعد بن يوسف (أضعفها) إنها بالاكثر في جميع المدة (وأظهرها) أنها تضمن فى كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها (والثالث) أن الامر كذلك ان كانت الاجرة فى أول المدة أقل وان كانت أكثر ضمنها بالاكثر فى جميع المدة لأنه لوكان المال فى يده فربما يلزمه بها فى جميع المدة •

قال ﴿ وان تنازعا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب (و) لانه ربما يعجز عن البينة وهو صادق • فان حلف جاز طلب القيمة وان كان العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف • وكذلك

فيما اذا كان اختلاط الثمار معلوماً ببطلان البيع وانما اختلاف التصحيح فيما اذا كان الاختلاط نادراً ثم وقع وأما ماأجاب به صاحب الوافى فلا يتجه لان الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لايوجب البطلان فى الباقي واذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف هذا الذى جزم فيه بالانفساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين أما الماء الموجود الكائن فى الارض عند البيع فقد يقال إنه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذرة أو يبلغه قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار ولا يقتضى البطلان جزماً والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ وأما العيون المستنبعة والأودية والعين فى تملك مائها أيضاً وجهان وقرارها مملوك ولا يجوز بيع مائها لماتقدم بلا خلاف لاختلاط المبيع بغير المبيع ويجوز بيع قرار العين أو سهم منها ويكون لمشترى ذلك حق فى الماء لثبوت يده علي الأصل قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ولا يجوز أن يبيعه سهماً من الماء وكذلك لايصح أن يقول بعتك يوما أوليلة أو كذا وكذا يوما من الماء لأن الزمان لايصح بيعه والماء الذى فى العيون والآبار لايصح بيعه قاله صاحب البيان ولو باع العين قال الأصحاب والحيلة فيمن أراد أن يشترى ماء العين أو سهماً منه أن يشترى العين أو سهماً منها فيكون مايحدث من الماء على ملكه علي قول ابن أبى هريرة ويكون أحق به علي قول أبى اسحق قال صاحب البيان هكذا ذكر أصحابنا

اذا تنازعا فى القيمة أو فى صفقة العبد (و) أو فى عيب (ز) يؤثر فى القيمة فالقول قول الغاصب لان الاصل براءة الذمة * وكذلك اذا تنازعا في الثوب الذى على العبد لان العبد وثوبه فى يد الغاصب) *

المقصود من بقية الباب الكلام فى تنازع المالك والغاصب وذلك يقع على أنحاء (منها) اذا ادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكر المالك فالصحيح وهو المذكور فى الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه لانه قد يعجز عن البينة وهو صادق فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه ولما وجد عنه مخرجا وفيه وجه أن القول قول المالك مع اليمين لأن الأصل بقاؤه (واذا قلنا) بالأول فلو حلف الغاصب هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل فيه وجهان (أحدهما) لا لبقاء العين فى زعمه (وأصحهما) نعم وهو المذكور فى الكتاب لأنه عجز عن الوصول اليها بيمين الغاصب وان كانت باقية (ومنها) إذا اتفقا على الهلاك واختلفا فى قيمته فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة وعلى المالك البينة وينبغى أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا أما إذا أراد اقامة البينة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات فعن صاحب التقريب حكاية قول أنها تقبل ويقوم وينزل على أقل الدرجات (والمذهب) المنع لان الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون فى القيمة لتفاوتهم في الملاحة وما لايدخل تحت الوصف قال الامام لكن المالك يستفيد باقامة البينة علي الاوصاف ابطال دعوى الغاصب

وعلى قياس ماذكروا فى بيع الدار التى فيها بئر ما إذا اشترى العين أو سهماً منها (إذا قلنا) الماء مملوك فيشترط أن يشترى مع العين الماء الظاهر وقت البيع لئلا يختلط ماء المشترى بماء البائع فينفسخ البيع ويشترط رؤية الماء وقت البيع ولا تكفى الرؤية المتقدمة لأنها رؤية للماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده قال المحاملى ولو باع العين والماء الذى فيها لم يجز لأنه بيع معلوم ومجهول هكذا قال وفيه نظر لأنه ان كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها وقد تقدم أنه جائز وان كان مراده الذى يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان لكن بغير العلة التى ذكرها بل لأنه بيع موجود ومعدوم ويمكن أن يقال ان ذلك يصح لأنه بيان لمقتضى العقد إذا كان الحادث تابعاً وان أراد الماء الموجود وان ذلك فيما إذا لم يعلم مقداره فمثله يجرى فى ماء البئر وشرط صحة البيع فى البابين العلم والله أعلم * ولو باع مائة منا من الماء الذى فى البئر وقلنا الماء مملوك ففى صحة البيع وجهان مبنيان فى النهاية على ما اذا رأى المودجا من لبن الضرع [1] لأن بعضه مرئى وبعضه غير مرئى يشترط أن يكون المقدار المبيع من ماء البئر يعتقد التزايد فيه كما فى لبن الضرع ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعا وجهاً واحداً ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صح والقول فى الماء كما تقدم فى البئر وان باع النهر مع مائه الجارى فيه وقلنا الماء غير مملوك فقد جمع بين مملوك وغير مملوك مجهول وان قلنا مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والاصح فى مثله بطلان البيع فى الجميع *

(١) بياض بالاصل فحرر

مقداراً حقيراً لايليق بتلك الصفات كما لو أقر الغاصب بصفات فى العبد تقتضى النفاسة ثم قومه بشىء حقير لايليق بها لايلتفت اليه بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن تكون قيمة لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك قيمته الف وقال الغاصب خمسمائة وجاء المالك ببينة على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير (منهم) من قال لاتسمع البينة هكذا (والاكثرون) سمعوها وقالوا فائدة السماع ان يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائه إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه ولو قال المالك لاأدرى كم قيمته لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين وكذا لو قال الغاصب أعلم أنه دون ماذكره ولا أعرف قدره لم تسمع حتي يبين فاذا بين حلف عليه (ومنها) لو قال المالك كان العبد كاتباً أو محترفاً وأنكر الغاصب فالقول قول الغاصب لان الاصل عدمه وبراءة ذمته وحكي العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك لأنه أعرف بحال مملوكه ولو ادعي الغاصب به عيبا وأنكر المالك نظر ان ادعى عيباً حادثا بان قال كان أقطع أو سارقا ففى المصدق منهما قولان (أحدهما) الغاصب لأن الأصل براءة ذمته (وأصحهما) المالك لأن الاصل والغالب دوام السلامة ولو ادعى عيباً فى أصل الخلقة بان قال كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد فالمصدق الغاصب لان الاصل العدم والمالك متمكن من اثباته بالبينة وفيه وجهان آخران (أحدهما) تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة (والثاني) الفرق بين

﴿ فرع ﴾ عن الامام لوكان فى الأرض المبيعة نهر فالكلام فى مائه كالكلام فى ماء البئر قال ابن الرفعة ولعل محله إذا كان واقفاً فيه دون ما إذا كان جاريا فليتأمل (قلت) و يتعين حمله على ذلك لما تقدم أن الجارى لايجوز بيعه جزما *

﴿ فرع ﴾ وأما الماء الذى يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرهما و يجعل فى صهريج قال فى الاستقصاء فقد قال أبو الفتح نصر المقدسى رحمه الله فعندى أنه لايدخل فى البيع إلا بالشرط ولا فى الاجارة إلا بلفظ الاباحة قال وهذا صحيح لأنه ليس من نماء الارض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره إذا خلط فيه *

﴿ فرع ﴾ المياه الجارية فى الانهار كالفرات ودجلة وجيحون والنيل وغيرها من الأنهار الكبار والصغار ليست مملوكة لأحد وجهاً واحداً لأنها تنبع من المواضع التى ليست مملوكة كالجبال والشعاب ومن استقي شيئاً منها وحازه ملكه واذا جرى ماء من هذه الانهار الى ملك انسان كماء المد يدخل فى أرضه لم يملكه إلا بالحيازة بل يكون أحق به واذا حفروا أنهاراً فاجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضاً بمملوك ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير إذن مالك النهر قاله القاضى أبو الطيب وغيره ولو باع مقداراً من ماء نهر جار أرضه مملوكة لم يصح لانه لايمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه قال صاحب البيان وعلى قياس هذا مايقع فى أرضه من ماء المطر فانه لايملكه ولايصح بيعه وجهاً واحداً لانه إنما يملك ماء البئر على قول أبى على لانه نماء أرضه وليس هذا بنماء أرضه وانما هو أحق به كما لو يوجد فى أرضه صيد (قلت) وهذا مالم تحصل حيازة (أما) إذا أخذه وحازه ملكه وفى البيان أن أصحابنا أجمعوا علي أنه لواحتاز ماء من نهر عظيم ثم أعاده اليه أنه

مايندر من العيوب ومالا يندر ولفظ الكتاب فى الغصب وان كان مطلقاً لكن فى الوسيط مايبين أنه أراد به العيب الخلق ولو رد المغصوب و به عيب وقال غصبته هكذا وقال المالك بل حدث العيب عندك قال فى التتمة المصدق الغاصب لان الاصل براءة ذمته وعدم يده على تلك الصفة (ومنها)لو تنازعا في الثياب التى علي العبد فالمصدق الغاصب لان العبد وما عليه فى يد الغاصب هذه صورة الكتاب فى الاختلاف (ومنها) لو قال غصبت مني داراً بالكوفة فقال بل غصبت دارك بالمدينة فالقول قول المدعى عليه فى أنه لم يغصب دار الكوفة وأما غصب دار المدينة فان وافقه المدعى عليه ثبت والا ارتد اقراره بتكذيبه (ومنها) غصب خمراً محترمة وهلكت عنده ثم قال المغصوب منه هلكت بعد التخليل وقال الغاصب بل قبلها فلا ضمان على المصدق الغاصب لان الاصل بقاء الخمرية وبراءة ذمته(ومنها) قال طعامى الذى غصبته كان حديثاً وقال الغاصب بل عتيقاً فهذا كالخلاف في كون

لايختص

لايختص بشركة فى هذا النهر قال وان أتلف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أومثله فيه وجهان (قلت) وهذا الخلاف على إطلاقه يقتضى الخلاف في أن الماء مثلى أو متقوم والمعروف أنه مثلى وأنه إذا أخذه فى مفازة ثم غرمه فى البلد يغرم قيمته والبئر الذى ليس بمملوك بأن قصد حافره فى الموات الاستقاء منه وعدم تملكه فما فيه من الماء لايملك قولا واحداً نقله الامام عن الشيخ أبي على فلا يصح بيعه *

﴿ فرع ﴾ فاما ماتولد فى انهار الارض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبى إسحق ووجه ابن أبى هريرة الا بالحيازة كما لايملك ما فرخ من الصيد فى أرضه الا بأخذه وانما له منع الناس من ذالك لما فيه من دخول أرضه والتصرف فى ملكه فان أخذوه ملكوه دونه قاله الماوردى *

﴿ فرع ﴾ ذكره الرويانى فى هذا الموضع وان لم يكن له به ذاك التعلق إذا قال بعتك جميع حقى من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهما وكان حقه خمسة عشر وقع العقد على عشرة أسهم (قلت) وقد يتخيل أن ذلك كما اذا قال بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة آصع فخرجت أكثر وليست مثلها فان الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الاعظم بعينها كلها وفى الجزء المشاع يتعلق الغرض الاعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم * ﴿ تنبيه ﴾ هذا القول الذى نقله المصنف عن أبى اسحق هل هو القول الذى يقول أن لايملك قط لا بالاجارة ولا بغيرها أو غيره قال ابن أبي الدم هو غيره ومذهب أبى اسحق فى ماء البئر خاصة قبل الاجارة وهو الخلاف المذكور فى أن من حفر بئراً

العبد كاتباً والمصدق الغاصب فان نكل عن اليمين حلف المالك ثم له ان يأخذ العتيق فانه دون حقه (ومنها) باع عبدا من انسان فجاء آخر يدعي أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشترى وفى دعواه القيمة على البائع ماذكرناه فى الاقرار فان ادعى العين على المشترى فصدقه أخذ العبد منه ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب فان كذبه فاقام المدعي عليه بينة اخذه ورجع المشترى بالثمن على البائع فان لم يقم البينة ونكل المشترى حلف المدعى وأخذه ولا رجوع للمشترى بالثمن لتقصيره بالنكول وان صدقه البائع دون المشترى لم يقبل اقرار البائع على المشترى وبقى البيع بحاله الا أن يكون اقراره بالغصب فى زمن الخيار فيجعل ذلك فسخاً للبيع ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو رد بعيب لزمه تسليمه الى المدعى وان صدقه البائع والمشترى جميعاً سلم العبد الى المدعى وعلى البائع رد الثمن المقبوض على المشترى ان بقى بحاله وضمانه ان تلف ولو جاء المدعى بعد ماأعتق المشترى العبد وصدقه البائع والمشترى لم يبطل العتق سواء

فى ملـكه فاجتمع فيها ماء هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته فى البئر أم لايملـكه حتى يحتازه باناء أو ظرف وجهان مشهوران (قال) أبو اسحق لا(وقال) ابن أبى هريرة نعم ولا خلاف عندهما أنه يملك بالاحازة (وأما) ذلك الوجه البعيد الذى حكاه الامام أن المـاء لايملك قط بالاحارة ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور قال لم أر أحداً حكاه سواه ولا تفريع عليه وهذان الوجهان ذكرهما المصنفون فى الطريقتين وفرعوا عليهما * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان كان فى الأرض معدن باطن كمعـدن الذهب والفضة دخل فى البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معـدناً ظاهراً كالنفط والقار فهو كالمـاء مملوك فى قول أبى على بن أبى هريرة وغير مملوك فى قول أبى اسحق والحـكم فى دخوله فى البيع على مابيناه فى الماء وان باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل فى البيع لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصـلة بها فلم تدخل فى بيعها ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ النفط [1] والقار [2] (أما) الأحكام ففيه مسألتان (احداها) المعدن على قسمين باطن وظاهر وقال القاضى أبو الطيب والمـاوردي جامد وذائب (القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء أى غير متميز عن الارض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضى أبو الطيب والماوردى معادن الجامدات فيدخل فى بيع الأرض جزماً لما ذكره المصنف ولا فرق بين

(١و٢) بياض بالاصل فحرر

وافقها العبد أو خالفها لما فى العتق من حق الله تعالى ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه بخلاف مالو كاتبه المشترى ثم توافقوا على تصديق المدعى لأن الـكتابة قابلة للفسخ وللمدعى فى مسألة الاعتاق قيمة العبد على البائع ان اختص بتصديقه إذا أوجبنا الغرم للحيلولة وعلى المشترى ان اختص بتصديقه وعلى من شاء منهما ان صدقاه وقرار الضمان على المشتري إلا أن تـكون القيمة فى يد البائع أكثر فلايطالب المشترى بالزيادة ولومات المعتق وقد اكتسب أموالا كانت للمدعى لأن المال خالص حق الآدمى وقد اتفقوا على أنه هو المستحق بخلاف العتق فان تصادقهم فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله تعالى هكذا أطلقوه قال الامام وهو منزل على الاكساب التى يستقل العبد بها فاما الاكسـاب التى يحتاج فيها إلى إذن السيد فان المدعى لايستحقها إذا اعترف بخلوها عن الاذن *

﴿ الباب الثانى فى الطوارىء وفيه ثلاثة فصول ﴾

قال ﴿ الأول فى النقصان فاذا غصب ماقيمته عشرة فعاد الى درهم ورده بعينه فلا شىء عليه لأن الفائت رغبات الناس لاشىء من المغصوب * وان تلف فالواجب عشرة وهو أقصى القيمة * وان

المعدن المذكور و بقية أجزاء الارض الا أن بعض الاجزاء أفخر من بعض ولايجوز بيع معدن الذهب بالذهب ولامعدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الاثمان قولا واحداً وهل يجوز بيع معدن الذهب أومعدن الفضة بالذهب فيه قولا الجمع بين بيع وصرف قاله الروياني (والقسم الثاني) المعدن الظاهر اى المتميز عن الارض وهي أعين للبائع كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت و لزئبق والكلام فيه كالكلام المتقدم في الماء حرفا بحرف وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي والمحاملي والرافعي وغيرهم وجزم الغزالي في الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف في الماء قال ابن الرفعة وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الارض وفيها معدن فما يتجدد بعد البيع للمشترى وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه بخلاف الماء فان من الناس من قال لا يملك (قلت) فان أراد الامام ان من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ان ذلك الوجه لاجريان له في المعدن لكن لا أثر لذلك في مسألتنا لأن الكلام مادام في مقره قبل الحوز وان أراد به لا يملك مادام في البئر فالمعدن كذلك عند أبي اسحق القائل بذلك في الماء كما صرح به المصنف هنا وغيره وهذا الذي ذكرناه في بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه في بيع الدار المشتملة على المعدن وفي الدار فرض الغزالي المسألة في الوسيط (المسألة الثانية) إذا باع أرضا فيها ركاز أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان

تلف بعضه كالثوب إذا أبلاه حتى عاد إلى نصف درهم بعد رجوع الأصل إلى درهم ضمن القدر الفائت وهو نصف الثوب بنصف أقصى القيم وهو خمسة * وردها مع الثوب البالي ﴾

الطوارىء على المغصوب (اما) أن تعود إلى ذاته أولا تعود إليها فالأول اما أن تكون بزيادة أو نقصان واما أن لاتعود إلى ذاته فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول (أولها) في النقصان والناقص من المغصوب اما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته أوكلاهما (القسم الأول) أن يكون النقصان في القيمة وحدها كما لو غصب ماقيمته عشرة فرده بحاله وقد عادت قيمته إلى درهم فلا شيء عليه وقال أبو ثور عليه نقصان القيمة كما لو تلف المغصوب والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة * لنا أن الفائت رغبات الناس لاشيء من المغصوب بخلاف مااذا أتلف فان الواجب هناك البدل فوجب الأكثر لكونه مأمورا بالرد في تلك الحالة و إذا كانت العين باقية فالواجب ردها وقد أتى به وليعلم (قوله) في الكتاب فلا شيء عليه ـ بالواو ـ لمذهب أبي ثور فانه و إن كان داخلا في طبقة أصحاب الشافعي رضي الله عنه فله مذهب برأسه ولا يعد تفرده وجها لكن حكي الموفق بن طاهر أن من الأصحاب من يوافقه وأيضاً فان الامام بعد توجيه مذهبه بأنه

من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ولا يحل للمشـترى أخذه اذا وجده لان ذلك ليس من أجزاء الارض ولا من نمائها ولا متصلا بها فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه (والظاهر) أنه لمن ملـكت منه الدار فاذا ادعاه فهو له وان لم يدعه فهـو لمن ملـكه البائع منه وعلى هذا أبدا * هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب (المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام (الأول) أن تكون مخلوقة فى الأرض فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ثم هى على ثلاثة أضرب (الأول) أن يضر بالزرع و الغرس جميعا فهى عيب إذا كانت مما يقصد لذلك وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة وشرط الماوردي والمتولى فى كون ذلك عيباً أن تـكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع قال المتولى فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له فلا خيار و ينبغى أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه وليس كالاجارة (الضرب الثانى) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثانى) ويحكى عن أبى اسحق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه لأن الارض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبا لـكمال المنفعة باحدهما قال الرويانى وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع قال الماوردى (والاصح) عندى أن ينظر فى أرض تلك الناحية فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس و بعضها للزرع فليس هذا بعيب وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لأن العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط قال ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل فلا يكون

تنسب إلى تفويت تلك الزيادة بادامة اليد العادية قال وهذا يجده القياس منقاساً (الثانى) أن يكون النقصان فى كليهما فالجزء التالف مضمون بقسط من أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف والنقصان الحاصل بتفاوت السوق فى الباقى المردود غير مضمون مثاله غصب ثوبا قيمته عشرة وانخفض السوق فعادت قيمته الى درهم ثم لبسه فابلاه حتى عادت الى نصف درهم يرده مع خمسة دراهم لأن بالاستعمال والابلاء تنسحق أجزاء من الثوب وتلك الأجزاء والصورة هذه نصف الثوب لانتهاء قيمته إلى نصف درهم بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالاقصى ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السوق الى عشرة ثم لبسه وأبلاه حتى عادت الى خمسة لزمه مع رده عشرة ولو كانت عشرة وعادت بانخفاض السوق الى خمسة ثم لبسه وأبـلاه حتي عادت الى درهمين لزمه مع رده ستة لأنه تلف بالابلاء ثلاثة أخماس الثوب فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم وذكر الشيخ أبو على أن بعض من شرح المولدات أخطأ فى هذه الصورة فقال يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالابلاء ولا عبرة بالخمسة التي هى نقصان السوق وقياس قول هذا القائل أن يلزمه فى الصورة الأولى وهى المذكورة فى الـكتاب نصف درهم وفى الثانية خمسة دراهم ولو غصبه وقيمته

فى الجواب اختلاف لـكن ذكرت ماعلى و بينت ما اقتضته الدلالة عندى (قلت) وهذا حسن ووافقه الغزالى فيه وهو يقتضى انها اذا كانت فى موضع غير معـد للزرع ولا للغرس كالاراضى بين البنيان فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعاً فيها ليس بعيب ولذلك شرطنا فى أول الـكلام تبعاً للرافعى أن تـكون مقصـودة للغراس والزرع واستثني هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم * (الضرب الثالث) أن لا تـكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينها و بين وجه الارض فليس هذا بعيب ولا خيار للمشترى (القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الارض كالتى تكون فى أثاثات الجدارات وما أشبهها فهى داخلة في البيع أيضا لانها موضوعة للاستدامة وهذا على المذهب فى أن بيع الارض يستتبع البناء والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف كما اقتضاه كلام الامام وغيره قال فى البحر وكذلك ان كان البناء مهدما أو كانت فى طى بئر خراب وهذا الـكلام فى الدخول (وأما) كونها عيباً فقد جعلها الرافعى فى كونها عيبا اذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة (وأما) الماوردى فانه قال إن (١) (١و٢) بياض بالاصل فحرر
الغالب فيما بني على الارض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس لان العروق جارية فى مسناة الارض ومشاربها قال فان كانت كذلك فلا خيار وان كانت مبنية بخلاف العرف فى موضع مضر بالزرع فللمشترى الخيار على مامضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار (٢) أثبتنا

عشرة فاستعمله أولا حتى عادت بالابلاء الى خمسة ثم انخفض السوق فعادت قيمته الى درهمين فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالابلاء ولايغرم النقصان الحاصـل فى السوق فى البالى الباقى ولوغصب ثوبا قيمته عشرة ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمـة الى خمسـة ثم ارتفع السوق فبـلغت قيمته وهو بال عشرة فظاهر كلام ابن الحـداد أنه يغرم مع رد الثوب عشرة لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوى عشرة فلو بقي كله لـكان يساوى عشرين فيغرم عشرة للتالف واختلف الأئمة فيه فساعده بعضهم وخالفه الجمهور على انقسامهم الى مغلط ومؤول وقالوا لايغرم مع رده الا الخمسة الناقصة بالاستعمال ولاعبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف ألاترى أنه لوتلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة قال الامام والصفات كالأجزاء فى ذلك كله حتى لوغصب عبداً صانعاً قيمته مائة فنسى الصنعة وعادت قيمته الى خمسين ثم ارتفع السوق فبلغت قيمته ناسياً مائة وقيمة مثله اذا أحسن تلك الصنعة مائتين لايغرم مع رده الاخمسين واعلم أن الجواب فى صور ابلاء الثوب كلها مبني على أن أجرة مثل المغصوب لازمة مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال وهو الأصح وقد مر وجه آخر أنه لايجمع بينهما فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الامرين من المقادير المذكورة أو أجرة المثل

الخيار فاختار اتمام البيع فانه يمسك الارض والحجارة بجميع الثمن (القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف وقيل ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الاحجار ويدفنونها إلى وقت الحاجة إليها ولا خلاف انها لا تدخل في بيع الارض كالكنوز والاقمشة نص عليه الشافعي رضي الله عنه والاصحاب وقول المصنف ليست من أجزاء الارض إحتراز من المعدن (وقوله) ولاهي متصلة بها احتراز من البناء والغراس ثم لا يخلو المشترى اما أن يكون عالما بالحال أوجاهلا ان كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الارض خالية عن غراس و بناء أو غير خالية ودخل في العقد اما تبعا أو مع التصريح وللبائع النقل وان أضر بالمشترى بان كان تنقص قيمة الارض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذى أحدثه المشترى بعد أو لم ينقص وان أبى البائع القلع فللمشتري اجباره عليه سواء كان تبقيتها تضر أو لا * وفى الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل وسيأتى مثله فيما اذا كان جاهلا (والصحيح) الاول وان للمشترى اجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع فان له أمداً ينتظر ولا أجرة للمشترى فى مدة القلع والنقل وان طالت كما لو اشترى داراً فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له فى مدة النقل والتفريغ ويجب على البائع اذا نقل تسوية الارض * وان كان المشترى جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر فى قلعها وتركها احوال أربعة (احدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع وقلعها غير مضر لانه

ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذى أبلاه أنها متى زادت فقال المالك زادت قبل الابلاء فاغرم التالف بقسطه منها وقال الغاصب بل زادت بعده قال ابن سريج المصدق الغاصب لأنه غارم كالو تلف كله واختلفا فى أن القيمة قبل التلف أو بعده (وأما) القسم الثالث وهو أن يكون النقصان فى شيء من الاجزاء والصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتية على الأثر *

قال ﴿ ولو مزق الثوب خرقا لم يملكه (ح) بل يرد الخرق وأرش النقص * وإن كانت الجناية لاتقف سرايتها إلي الهلاك كما لو بل الحنطة حتى تعفنت * أو اتخذ منها هريسة * أو من التمر والسمن حلواء فنص الشافعي رحمة الله عليه أن المالك بالخيار بين أن يأخذ المعيب وأرش النقص أو يطالب بمثل أصل المال فان مصيره إلى الهلاك فى حق من لايرده فكأنه هالك * وفيه قول مخرج وهو القياس أنه ليس له إلا مابقى من ملكه وأرش النقص ﴾ *

النقصان الحاصل في المغصوب نوعان (أحدهما) مالا سراية له فعلى الغاصب ارشه ورد الباقي لافرق فى ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة كما فى قطع يدى العبد أو دونها ولا بين أن يفوت معظم منافعه أولا يفوت ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الأسم الأول وأن لايبطل قال أبو حنيفة

لم يحصل فى الارض غراس ولا زرع فالبيع لازم ولا خيار للمشترى وللبائع النقل وللمشترى اجباره عليه على المذهب وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب الاول قال الاصحاب فلو سمح بها للمشترى لم يلزمه القبول لانها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة فى نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك والماوردى أراد بالضرر ضرر الزرع والغراس فلذلك قال ماذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره وهو أنه اذا قلعها فان كان المشترى عالما بالحجارة فلا أجرة له على البائع فى مدة القلع لان علمه بها يجعل قلعها مستثني كتبقية ثمرة البائع على نخل المشترى وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيراً لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه قاله الماوردى وغيره فلا اجرة على البائع وان كان كثيراً كيومين واكثر قاله البندنيجى فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع اجرة المثل على الصحيح لتفويته على المشترى منفعة تلك المدة وهل يجب عليه تسوية الارض واصلاح حفرها بقلع الحجارة فيه طريقان (أحدهما) القطع بالوجوب وهو قول الماوردى (والثانية) على وجهين فى التتمة ولا خيار للمشترى كما لوقطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرش ولا خيار وان كان قبل قبض المشتري ففى وجوب الأجرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثانى) ونسبه الماوردى الى جمهور أصحابنا أنه لا أجرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشترى بيد البائع على الارض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية (فاما) تسوية الارض

إذا كان الواجب قدر القيمة أو فوت الغاصب معظم منافعه بجنايته كما لو مزق الثوب المغصوب خرقا أو شقه طولاً أو كسر قوائم الدابة أو بعضها لم يكن للمالك أن يغرمه شيئاً الا أن يترك المغصوب اليه وكذا لو ذبح الشاة أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لونا آخر وهو السواد قال فاذا تصرف فيه بما أبطل الاسم الأول ملك وغرم قيمته ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه وهذا كما إذا غصب حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو شاة فذبحها وشواها أو صفرا واتخذه آنية أو ثوبا فخاط منه قميصاً وساعدنا فى قطع أذن الدابة واحدى يدى العبد وما أشبهها أنه يأخذ الباقى ويغرمه الأرش واحتج الشافعى رضى الله عنه فقال جناية قطع اليدين فوق جناية قطع احداهما فاذا لم يستفد بالغرامة فى أدنى الجنايتين ملكا وجب أن لا يستفيد فى أعلا الجنايتين بطريق اولى وعبارة الاصحاب أنه جنى على ملك الغير فلا يتوقف تغريمه على تمليكه كما لو قطع احدى اليدين ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله لم يكن له ذلك فانه عين ملكه ونقل صاحب المهذب وغيره وجهاً أنه إذا طحن الطعام المغصوب للمالك ترك الدقيق ومطالبته بالمثل لانه أقرب إلى حقه من الدقيق (والنوع الثانى) ماله سراية لا تزال تزداد إلى الهلاك الكلى كما لو بل الحنطة وتمكن منها العفن السارى أو اتخذ من الحنطة

واصلاح حفرها ففيه طريقان قال الماوردى فلا يجب على البائع وجهاً واحداً لكن يجب بذلك للمشترى خيار الفسخ لأنه عيب كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض وقال غيره فيه وجهان (الحالة الثانية) أن يكون تركها مضراً لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لما في الارض من غراس وزرع فان كان المشترى عالماً بالحجارة وبضررها فلا خيار له فى الفسخ ولا أجرة له فى القلع وان كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها اما فى القلع واما فى الترك فله الخيار هكذا يقتضيه كلام الاصحاب وقال الرافعى للمشترى الخيار سواء جهل أصل الاحجار أو كون قلعها مضراً فاغفل قسما آخر لم يشمله كلامه وهو ما إذا كان عالماً بالأحجار وبكون قلعها مضراً ولكن جهل كون تركها مضراً فمفهوم كلامه أنه لايثبت له الخيار وليس كذلك لانه لافرق بين ضرر الترك وضرر القلع فى ذلك وقد يطمع فى أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر * إذاعلم ذلك فاذا ثبت الخيار قال الاصحاب لايسقط خياره بأن يترك البائع الاحجار لما فى بقائها من الضرر وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشترى لاتفسخ لاغرم لك أجرة مدة النقل فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) عند الامام والرافعى لا كما لو قال البائع لاتفسخ لاغرم لك الارش ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الارض سواء كان النقل قبل القبض أم بعده هكذا قال الرافعى وقد تقدم عن الماوردى أنه إذا كان قبل القبض لاتجب التسوية وجهاً واحداً بل يثبت به الخيار وكذلك صرح به ههنا هو

المغصوبة هريسة أو غصب سمناو تمراً ودقيقاً واتخذ منها عصيدة نقل العراقيون عن نصه فى الام انه يجعل كالهلاك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة وقولا آخر عن رواية الربيع أنه يرده مع ارش النقصان ثم قالوا فيه طريقان للاصحاب (أحدهما) اثبات القولين وجه الثانى القياس على النوع الاول من النقصان ووجه الاول أنه مشرف على التلف والهلاك ولو ترك بحاله لفسد فكأنه هالك (والطريق الثانى) القطع بالقول الاول وجعله كالهالك أظهر عندهم سواء أثبت القولين أم لا وأما الامام وصاحب التهذيب فانهما رويا فى المسألة قولين (أرجحهما) أنه يرده مع ارش النقصان وليس للمالك الا ذلك (والثانى) انه يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل او قيمة ويجعل كالهلاك لان ارش النقص السارى لايكاد ينضبط فله أن يكفى نفسه مؤنة الاطلاع عليه وايضاً فانه اذا لم يرده وتركه بحاله أيهلك بخلاف ما اذا طحن الحنطة فانه يرد الدقيق فلو ترك بحاله لايهلك ونسب الامام التخيير هكذا إلى نص الشافعى رضى الله عنه وبه أجاب طائفة منهم الشيخ أبو محمد والمسعودى وهو كالمتوسط بين مااختاره العراقيون وبين مااختاره الامام وصاحب التهذيب وذكر البندنيجى قولا آخر عن رواية أبي اسحق فى الشرح أنه يتخير الغاصب بين أن يسكنه ويغرمه وبين أن يرده مع ارش النقصان

والشيخ

والشيخ أبو حامد ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية علي المشهور وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة وفى أجرة النقل ثلاثة أوجه (ثالثها) وهو الاظهر وهو قول أبي اسحق المروزى على مانقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لاتجب مطلقاً والكلام فى وجوب الاجرة والتسوية فى هذا القسم والذى قبله

ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال (تغريمه) كالهلاك (رده) وارش النقصان (تخيير) المالك (تخيير) الغاصب واذا قلنا بالاول فقد أورد أبو سعيد المتولى وجهين فى أن الحنطة المبلولة لمن تكون (أحدهما) تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعاً حقه كما لو نجس زيته وقلنا انه لايطهر بالغسل فان كونه المالك أولى به (والثانى) ان يكون للغاصب لانا ألحقناه بالهلاك فى حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غيرما أخذه ضمانا وكذلك ههنا واذا حكمنا بتغريمه الارش مع الرد فانه يغرم ارش عيب سار وهو أكثر من ارش الفائت ثم قال الشيخ المتولى ان رأى الحاكم أن يسلم الجميع اليه فعل وان رأى سلم ارش النقص المتحقق فى الحال اليه ووقف الزيادة الى أن تتقين نهايته وفى هذا توقف لان المعقول من ارش العيب السارى ارش العيب الذى شأنه السراية وانه حاصل فى الحال أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه اذ الكلام فى النقصان الذى لاتقف سرايته الى الهلاك فلو نظرنا الى المتولد معه لانجر ذلك الى ان يكون ارش العيب السارى تمام قيمته وهو عود الى القول الاول وقد بين فى شرح المفتاح الشيخ أبو حامد السلمى ذلك فانه قال فى التعبير عن قول التخيير ان شاء المالك ضمنه مانقص الى الآن ثم لاشيء له من زيادة فساد تحصل من بعدوان شاء تركه اليه وطالبه بجميع البدل * ومن صور النوع الثانى ما اذا صب الماء فى الزيت وتعذر تخليصه منه فاشرف على الفساد وعن الشيخ أبي محمد تردد فى مرض العبد المغصوب اذا كان ساريا عسر العلاج كالسل والاستسقاء ولم يرتضه الأمام لأن المرض المئيوس منه قد يبرأ والعفن المفروض فى الحنطة يفضى الي الفساد لا محالة (وقوله) فى الكتاب وفيه قول مخرج لم أجد غيره يصفه بكونه مخرجا وقد ذكرنا أنهم نقلوه عن رواية الربيع ولا حاجة مع النقل الى التخريج نعم ربما لايبلغ النقل المخرج فيقع الحافر على الحافر *

قال ﴿ ولو جني العبد المغصوب جناية قتل بها قصاصا ضمن الغاصب للمالك أقصى قيمته اذ حصل الفوات تحت يده * وان تعلق الارش برقبته ضمن الغاصب المجني عليه كما يضمن المالك اذا منع البيع وكأن الغاصب مانع * فان تلف العبد فى يده ضمن للمجني عليه الأرش وللمالك القيمة * وان سلم القيمة الى المالك فللمجني عليه التعلق به لأنه بدل عبد تعلق به ارشه * فاذا أخذه المجني عليه رجع المالك على الغاصب بما اخذه لانه لم يسلم له ﴾ *

واحد وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه إلا فى هذا القسم واعلم أن الرافعى رحمه الله تعالى أطلق الخلاف فى وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام مافرضه أن يكون عالماً بالحجارة جاهلا بضررها مع أن الرافعى أطلق أولا أيضاً أنه متى كان عالماً بالحال فلا أجرة وقد يقع بين هذين الكلامين التباس فالصواب فى بيان ذلك وتحرير محل وجوب الاجرة ماقاله والقاضى أبو الطيب والماوردى جعلا محله اذا كان جاهلا بالحجارة و بضررها

مقصود الفصل الكلام فى جناية العبد المغصوب وسبب ذكره فى هذا الموضع ان الجناية احد انواع النقصان ونحن نذكره ونضم اليه حكم الجناية عليه اما جنايته فينظر ان جنى بما يوجب القصاص واقتص منه فى يد الغاصب غرم الغاصب أقصى قيمه من يوم الغصب الى الاقتصاص وان جني بما يوجب القصاص فى الطرف واقتص منه فى يده غرم بدله كما لوسقط بآفة ولو اقتص منه بعد الرد الى السيد غرم الغاصب أيضاً لأن سبب الفوات حصل فى يده وكذا الحكم لو ارتد أو سرق فى يد الغاصب ثم قتل أو قطع بعد الرد الى المالك ولو غصب مرتداً أوسارقا فقتل أوقطع فى يد الغاصب هل يضمنه الغاصب فى النهاية أنه على الوجهين فى أنه اذا اشترى مرتداً أو سارقا فقتل أو قطع في يد المشترى فمن ضمان من يكون القطع والقتل ولو جني المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته فعلى الغاصب تخليصه بالفداء قال الامام و بم يفديه بارش الجناية بالغا مابلغ أم بأقل الامرين من الأرش ومن قيمة العبد فيه قولان كما اذا أراد المالك تخليص العبد الجاني وفداه قال وهذا لان وجوب بذل الارش بتمامه فى حق المالك ووجهه أنه امتنع من البيع ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتريه بمقدار الأرش ومثل هذا موجود فى حق الغاصب لأنه بالغصب مانع ملكه من بيعه و ينزل ذلك منزلة المالك المانع و يترتب عليه تضمينه الجنى عليه وهذا ماأشار اليه صاحب الكتاب بقوله كما يضمن المالك إذا منع البيع وكان الغاصب مانعا ولك أن تقول لو كان يضمنه للمنع من البيع اسقط الضمان اذا رده الى المالك لارتفاع الحيلولة ولا يسقط بل لو بيع في الجناية بعد الرد الى المالك غرمه الغاصب أيضاً كما سيأتى ولم يوجه العراقيون تضمينه بذلك وانما وجهوه بان جناية العبد لنقص دخله فكان كسائر وجوه النقصان وسواء جرى الوجهان كما ذكره الامام أولا فالظاهر انه لايجب على الغاصب تحصيله إلا باقل الامرين وهو المذكور فى التتمة فاذا ثبت أن الجانى والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو إما ان يتلف العبد فى يد الغاصب أو برده ان تلف فى يده فللمالك تغريمه أقصى القيم فاذا أخذها فللمجني عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب وله أن يتعلق بالقيمة التى أخذها المالك لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدلها كما أن العين المرهونة إذا أتلفها متلف يتوثق المرتهن ببدلها وحكى الشيخ أبو على وجهاً أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك ولا يطالبه المجنى

فان كان عالماً بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لتقدم علمه بالضرر ولا يستحق الاجرة وان أقام لعلمه بالحجارة وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال فى القسم الذى تقدم وينبغى أن ينزل كلام الرافعى على هذا التفصيل فانه مع العلم بالحجارة يمنع ايجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش وما أشبه ذلك قال الرافعى ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرش لو

عليه بها وانما يطالب الغاصب كما أن المجني عليه لو أخذ الارش لم يمكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث والصحيح الاول واذا أخذ المجنى عليه حقه من تلك القيمة يرجع المالك بما أخذه على الغاصب لأنه لم يسلم له بل أخذ منه بجناية مضمونه على الغاصب ثم الذى يأخذه المجنى عليه قد يكون كل القيمة بان كان الارش مثل القيمة وقد يكون بعضها بان كانت القيمة الفا والارش خمسمائة فلا يأخذ الا خمسمائة ولا يرجع المالك الا بخمسمائة لان الباقى قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوى الفا فرجع بانخفاض السوق الى خمسمائة ثم جنى ومات عند الغاصب فغرمه المالك الالف لم يكن للمجنى عليه الا خمسمائة وان كان ارش الجناية الفا لانه ليس له عليه الا قدر قيمة الجناية وان رد العبد الى المالك نظر ان رده بعد ماغرم المجنى عليه فذاك وان رد قبله فبيع فى الجناية رجع المالك على الغاصب بما أخذه منه لان الجناية حصلت حين كان العبد مضمونا عليه ويخالف ما اذا جنى فى يد المالك ثم غصبه غاصب فرده ثم بيع فى تلك الجناية حيث لا يرجع المالك بشىء لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه وفرع ابن الحداد على ذلك فقال اذا جني فى يد المالك جناية تستغرق قيمته ثم غصب وجني فى يد الغاصب جناية أخرى مستغرقة ثم رده الى المالك ثم بيع فى الجنايتين وقسم الثمن بينهما نصفين يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد لان احدى الجنايتين وجدت والعبد فى ضمانه فاذا أخذه كان للمجنى عليه الأول التعلق به ولا حق للمجني عليه الثانى ووجه الشيخان أبو على وأبو محمد بان سبب وجوب هذا النصف انما هو الغصب فانه بالغصب ضمن مايجنى المغصوب والغصب مقدم على الجناية الثانية فلا يأخذ المجنى عليه الثانى بما يوجب به شيئاً كما لو جنى عبده على رجل ثم قطعت يده ثم جنى على آخر ثم قتل أو مات من سراية القطع فان ارش اليد لا يأخذ منه المجنى عليه الثانى شيئاً لوجو به بالقطع المتقدم على الجناية عليه ثم اذا أخذ المجنى عليه الأول لم يرجع المالك على الغاصب لأنه أخذه بسبب جناية غير مضمونة على الغاصب ولو كان الفرع بحاله وتلف العبد بعد الجنايتين فى يد الغاصب فله طلب القيمة من الغاصب وللمجنى عليه أخذها فاذا أخذها فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب لأنه أخذ منه النصف بجناية مضمونة على الغاصب فاذا رجع فللمجنى عليه الأول أخذه لأنه بدل ماتعلق به حقه قبل الجناية الثانية واذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى لأنه مأخوذ بجناية غير

بقي فى الارض بعد التسوية نقصان وعيب وكذا قاله القاضى حسين فسلكا بالارش مسلك الاجرة ولم يسلكا ولامن وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الاجرة بل أوجبوها مطلقاً وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الام أطلق وجوب التسوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام وابن أبى هريرة أيضاً أوجب التسوية قبل القبض ولم يوجب الاجرة كما فعل الرافعى وقد يقال فى الفرق إن المنافع

مضمونة على الغاصب هذا ظاهر المذهب فى الحالتين وقيل اذا رد العبد و بيع فى الحالتين فالنصف الاول يرجع به المالك سلم له ولا يؤخذ منه وانما يطالب المجنى عليه الاول الغاصب بنصف القيمة واذا ثبت فى يد الغاصب بعد الجنايتين لايأخذ المالك شيئا والمجنى عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة والمجنى عليه الثانى يطالبه بنصف القيمة ولو جنى العبد المغصوب فى يد الغاصب أولا ثم رده الى المالك فجنى فى يده جناية أخرى وكل واحد منهما مستغرق القيمة فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التى هى مضمونة عليه فاذا أخذه قال الشيخ أبو على سمعت الشيخ القفال مرة يقول ليس لواحد من المجنى عليهما أخذه (أما) الثانى فلأن الجناية عليه مسبوقة بجناية مستغرقة وحق الثانى لم يثبت إلا فى نصف القيمة وقد أخذ (وأما) الأول فلأن حق السيد فى القيمة ثبت بنفس الغصب وهو مقدم على حق المجنى عليه فما لم يصل حقه اليه لايدفع الى غيره شيئاً وقال وليس هذا بشيء بل للمجنى عليه الاول أخذه كما فى المسألة السابقة ولا عبرة بثبوت حق السيد فى القيمة فان حق السيد وان كان متقدما فيتقدم عليه حق المجني عليه كما في نفس الرقبة قال وقد ناظرت القفال فرجع الى قولى وعلى هذا فاذا أخذه المجنى عليه الاول رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى و يسلم له المأخوذ ثانياً لأن الأول قد أخذ تمام القيمة والثانى لم يتعلق حقه الا بالنصف وقد أخذه ولو جني في يد الغاصب ثم فى يد المالك كما صورنا ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانيا فمات عنده أخذت القيمة منه بين المجنى عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة لانه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه فاذا أخذه كان للمجني عليه الأول أن يأخذه منه ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ فى هذه المرة وقد غرم الغاصب والصورة هذه القيمة مرتين مرة بجناية العبد فى يده ومرة بالقتل وعلى قياس الوجه الذى سبق يأخذ المجنى عليه الأول تمام القيمة من الغاصب والثانى نصف القيمة وللمالك نصف القيمة ولا تراجع * هذا هو القول فى جناية العبد المغصوب (وأما) الجناية عليه فان قتل نظران وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً فللمالك القصاص فاذا اقتص برىء الغاصب لأنه أخذ بدل عبده ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة كما لا نظر فى الاحرار إلى تفاوت الدية فان لم يجب القصاص بأن كان الجانى حراً فعليه بالجناية قيمة يوم القتل سواء قتله

والاوصاف لايقابلها شيء من الثمن فلذلك ثبت له الخيار فقط لأنه عيب ولم يضمن تخريجاً على أن جناية البائع كالآفة السماوية (وأما) الحفر في الارض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع لان التراب بعض الارض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ثم هو غير مستمر لان التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الاجزاء فينبغي انفساخ العقد فيه وليس كذلك

الغاصب أو أجنبي والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب أو الجاني لكن القرار علي الجاني ثم ان كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ونقصت في يد الغاصب فعليه ما نقص بحكم اليد وان كان الجاني عبداً فان سلمه سيده و بيع في الجناية نظر ان كان الثمن مثل قيمة المغصوب أخذه ولاشيء له على الغاصب إلا إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل وان كان الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فان اختاره سيده فداه (ان قلنا) يفديه بالارش أخذه ولاشيء له على الغاصب الاعلى التقدير المذكور (وان قلنا) يفدى بالاقل من أرش الجناية وقيمة الجاني فان كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني فالباقي على الغاصب إن كانت أقل أومثلها أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا علي التقدير المذكور ولو اختار المالك تغريم الغاصب الفداء فله ذلك ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجاني بما غرم الا مالا يطالب به الا الغاصب هذا اذا كانت الجناية قتلا (أما) الجراحات فاما أن يكون لها أرش مقدر في حق الحر أولا يكون لها أرش مقدر فالواجب في القسمين ما بينا من قبل فاذا كان الواجب مانقص من قيمته بالجناية كان المرعى حالة الاندمال فان لم يكن حينئذ نقصان لم يطالب بشيء واذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية فيؤخذ في الحال أم يؤخر الى الاندمال فيه قولان كما لو كانت الجناية على الحر وسيأتي ذلك في موضعه واذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه القدر من القيمة وكان النقص أقصر من ذلك المقدر فعلى الغاصب مازاد على المقدر فان كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة فهل يطالب الغاصب بالزيادة علي ما نقص من القيمة ذكرنا فيما اذا سقطت يده بآفة أن الأصح أنه لايطالب وههنا الظاهر أنه يطالب والقرار على الجاني وترددوا فيما اذا قطعت يده قصاصا أوحدا لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث انه تلف بلا بدل ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار فان اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه كما إذا قتل العبد المغصوب إنسانا ثم قتله في يد الغاصب إنسان فللمغصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب و يبطل حق ورثة من قتله المغصوب لأن العبد الجاني اذا هلك ولم يحصل له عوض يضيع حق المجنى عليه نعم لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيب بعد ماجني فلا يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقصان ولولي من قتله التمسك به وإن عرض عيب قبل جنايته فاز المغصوب منه بالارش لأن الجزء

وان كان باقياً قد زاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب إزالة العيب ولا يلزمه وإيجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم وممن صرح بأن الارش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى فى الارش الأوجه الثلاثة التي فى الأجرة وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنياً على جناية البائع (ان قلنا) كالآفة السماوية لم يجب وهذا يوافق ماذكرناه عن الماوردى

المقابل للارش كان مقصوداً عند الجناية ولو لم يقتص المغصوب منه بل عفى على المال أو كانت الجناية موجبة للمال فحكم تغريمه وأخذه المال على مامر فى الجناية عليه من غير جناية منه ثم اذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه عبده التعلق به لأنه بدل الجانى على موزثهم فاذا أخذوه رجع المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه ويسلم له المأخوذ ثانياً على مامر نظيره *

قال ﴿ واذا نقل الغاصب التراب من أرض المالك فعليه رد التراب بعينه أو رد مثله أو الارش لتسوية الحفر * والبائع اذا قلع أحجاره يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش * وقيل فى المسألتين قولان بالنقل والتخريج * والاكتفاء بالتسوية فى الموضعين أولى فانه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه * وليس للغاصب أن ينقل التراب الى ملكه الا باذنه * فان منعه لم يكن له ذلك الا اذا تضرر الغاصب به لتضييقه ملكه أو لوقوعه فى شارع يحذر من التعثر به ضماناً * ولو حفر بئراً فى داره فله طمها وان أباه المالك ليخرج عن عهدة ضمان التردى فان أبرأه المالك فالأظهر أن رضاه الطارىء كالرضا المقرون بالحفر حتي يسقط الضمان به فلا يجوز له الطم بعد رضاه ﴾ *

نقل التراب من الأرض المغصوبة تارة يكون من غير احداث حفرة فيها كما اذا كشط عن وجهها وتارة يكون باحداث حفرة فيها كما اذا حفر بئراً أو شق نهراً (الحالة الاولى) إذا كشط وجه الارض ونقل التراب فللمالك اجباره على رده ان كان باقيا وان تلف وانمحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله اليه وعليه اعادة وضعه وهيئته كما كانت من انبساط أو ارتفاع وان لم يطالبه المالك بالرد نظر ان كان له فيه غرض بأن دخل الارض نقص وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويتوقع منه الارش أو كان نقل التراب الى ملكه وأراد تفريغه أو الى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان فله الاستقلال بالرد وان لم يكن شيء من ذلك بل نقله الى موات أو من أحد طرفى الارض المغصوبة إلى الآخر فان منعه المالك من الرد لم يرده وان لم يمنعه فهل يفتقر الرد الى اذن المالك حكي فى التتمة فيه وجهين بناء على الوجهين فى أنه اذا منعه فخالف فرد فهل للمالك مطالبته بالنقل ثانيا إلى الارض (إن قلنا) لا رد من غير اذن المالك (وان قلنا) نعم افتقر الى اذنه وهو المذكور فى الكتاب وهو الاظهر واذا كان له غرض فى الرد فرده الى الارض فمنعه المالك من بسطه لم يبسط وان كان في

وهو الصواب وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض لأن التسليم فى القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضع الجوائح والشافعي رحمه الله تعالى في الام أطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ماقبل القبض و بعده ولذلك قال ابن الرفعة ان الذى يقع فى النفس صحته الجزم بوجوب التسوية والاجبار عليها كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ولا نظر إلى مابعد القبض وقبله فان التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه إلى غيره وجب عليه إعادته إلى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب انتهى واعلم أن الشافعى والاصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا

الاصل مبسوطا (الحالة الثانية) اذا حفر فى الارض المغصوبة بئراً فامره المالك بطمها لزمه الطم وان لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطم ليدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها متردٍ وأيضا فقد يكون فى الطم بعض الاغراض المذكورة فى الحالة الاولى وقال المزني لايطم الا باذن المالك فان منعه المالك وقال رضيت باستدامة البئر فان كان للغاصب غرض فى الطم سوى دفع ضمان التردى فله الطم وان لم يكن له غرض سواه فوجهان (أحدهما) له الطم أيضا لان الاذن الطارىء لايرفع حكم الحفر المتقدم (وأظهرهما) ويحكي عن أبي حنيفة المنع و يندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعديا ولو لم يقل رضيت باستدامتها واقتصر على المنع من الطم ففى التتمة أنه كما لو صرح بالرضى لتضمنه إياه وقال الامام لايتضمنه ولو كان الغاصب قد طم البئر بآلة نفسه فله نقلها وللمالك اجباره عليه فان تركها ووهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين وحيث قلنا فى الحالتين انه يرد التراب الى الارض المغصوبة لوقوعه فى ملكه أو فى شارع فذلك إذا لم يتيسر نقله الى موات ونحوه فى طريق الرد فان تيسر لم يرده الا بالاذن قاله فى النهاية وذكر أنه يستقل بطم البئر اذا بقى التراب الاول بعينه (أما) اذا تلف ففى الطم بتراب آخر دون اذن المالك وجهان و ينبغي أن يجرى هذا الخلاف فى الحالة الاولى وفيما اذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب والظاهر فيها جميعاً أنه لافرق بين ذلك التراب وغيره أما اذا أعاد هيئة الأرض فى الحالتين الى ما كانت عليه اما بطلب المالك أو دونه نظر ان لم يتفق فى الأرض نقص فلا ارش عليه ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد وان بقى فيها نقص وجب عليه الأرش مع الأجرة هذا مابه الفتوى فى مسألة الفصل من اولها الى هذا الموضع ووراءه تصرف الأصحاب قالوا النص فيما نحن فيه أن يجب ارش النقص الحاصل بالحفر ولم يوجب التسوية لانه نص على ذلك فيما اذا غرس الارض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك واذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة فقلعها ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الارض واختلفوا فيها على طريقين (أحدهما) أن فى الصورتين قولين بالنقل والتخريج (أحدهما) أن الواجب فى الموضعين ارش

ما إذا كانت مواضع الأحجار تحتاج فى تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج أو تسويتها ببقية الأرض أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر فانه لاتسوية فيه لا سيما اذا كان مواضع الحجارة حفراً كباراً والتراب الذى فوق الحجارة يسير فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفراً لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ولا تتساوى ببقية الأرض فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية وفاء بمقتضى العقد وتسليم المعقود عليه على حاله وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الارض او حصل

النقصان لأن الزام التسوية تقابل فعل بمثله فصار كما اذا هدم جدار الغير لايكلف باعادته (والثانى) أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت ومهما أمكن التضمين بالمثل لايصار الى التضمين بالقيمة ويفارق هدم الجدار كما تقدم فى البيع (والطريق الثانى) تقرير النصين وفرقوا بان الغاصب متعد فغلظ عليه الأمر بايجاب الارش لكن لامتانة لهذا الفرق لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر فلا يظهر زيادة تغليظ بايجاب الأرش وأيضاً فانا اذا أوجبنا التسوية و بقى بعد التسوية نقصان من الارش يجب ارشه نص عليه الأئمة ولا يدمنه والا كان الضمان دون الفائت و إذا أوجبنا ارش النقصان الباقى بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف والله أعلم * و إذا نظرت فى لفظ الكتاب أفهمك ظاهره انصراف الطريقين الى شيء آخر وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية ارش النقص الباقى لأنه قال فعليه رد التراب والارش وأيضاً قال يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الارش وايضاً قال والاكتفاء بالتسوية فى الموضعين اولى لكن الاعتماد على مانقلناه وان كان المراد ماشعر به ظاهره كما انتظم الوجه بقوله فانه لايتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه لأن هذا المعنى لايقتضى القناعة بالتسوية والاضراب عن ارش النقصان الباقى بعدها وانما هو توجيه القول الصائر الى وجوب التسوية والفرق بين اعادة الجدار بعد هدمه و بين التسوية على مامر فاذن يجب تأويل ظاهر الكتاب بأن يحمل قوله فعليه رد التراب على رده و تسليمه الى المغصوب منه لاالى الارش ويكون معنى قوله والارش لتسوية الحفر وقوله يكفيه تسوية الحفر ولا يلزمه الأرش يؤمر بالتسوية ولايكلف الارش أوما أشبه ذلك و يجوز أن يعلم ــ بالواو ــ وقوله فى الكتاب وتسوية الحفر فى مسألة بيع الارض التى فيها حجارة مدفونة من كتاب البيع كما عرفته ههنا وكنا قد أحلنا شيئاً من الكلام فيه الى هذا الموضع واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذى شرحناه يقتضى طرده فى طم البئر لكنهم سكتوا عنه وقوله وليس له أن ينقل التراب الى ملكه يجوز اعلامه ــ بالواو ــ ولما سبق وقوله وله طمه وان أباه

ولكن

ولـكن أجاز المشترى فان الأجازة لاتمنع من المطالبـة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها وعلى هذا لوعدم ذلك التراب المنقول بالـكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلاف بعض المعقود عليه وان كان المراد القسم الثانى وهو أن تسويته ببقية الأرض فبعيد لأنه لايحصل بذلك إعادة المبيع إلى ماكان بل يتغير كله وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع فان لم يكف فبتراب جديد فحينئذ لايتجه الجزم بوجوبه لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشترى العقد بعيد بل الذى يتجه أن يقال ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم إعادته على ماكان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام وان حصل عيب قبل القبض وكان المشترى قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار وعلمه بالحال فلا شىء له غـير رد التراب لان اجباره على القلع رضا بما يحصل منـه من العيب وان جهل الحال فان حصل ذلك قبل القبض ثبت له الخيار فان فسخ فذاك وان أجاز وجب التراب خاصة وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشترى بالحال فان العقد لم يتضمنه وجهل المشترى أثبت له الخيار فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شىء آخر ثم التعييب الحاصل من القلع إن فرض غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل فى يد البائع والمشترى قد رضي به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعييب من لوازمه فلاشىء له سواء

المالك أى لم يرده ولم يأذن فيه أما اذا صرح بالمنع مع الرضى باستدامة البئر فهو على الوجهين اللذين ذكرهما عقبه وليعلم قوله وان أباه ـ بالزاى ـ وقوله فان أبرأه المالك أى عن ضمان التردى وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الاصحاب قال الامام وليس المراد منه حقيقة الابراء فان الضمان حق عساه يثبت للمتردى فكيف يبرئ عن حق الغير قبل ثبوته وانما المراد الرضا بابقاء البئر كما قدمناه *

قال ﴿ واذا خصى العبد فعليه كمال قيمته * فان سقط ذلك العضو بآفة سماوية فلا شىء (و) عليه لأنه به تزيد قيمته * وكذلك اذا نقص السمن المفرط ولم ينقص من القيمة ﴾

اذا خصى العبد المغصوب فهو على القولين السابقين فى أن جراح العبد هل تتقدر (ان قلنا) بالجديد وهو أنه تتقدر لزمه كمال القيمة (وان قلنا) لاتتقدر فالواجب مانقص من القيمة فان لم ينقص شىء فلا شىء عليه ولوسقط ذلك العضو بآفة سماوية وزادت قيمته ورده فلا شىء عليه على القولين نعم قياس الوجه الذى قدمناه فى أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية أن يجب كمال القيمة فلوكان بالجارية سمن مفرط فزال ورجع الى حد الاعتدال ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شىء لان السمن ليس له بدل مقدر بخلاف الانثيين ويجوز أن يعلم لما ذكرناه قوله فعليه كمال قيمته ـ بالواو ـ وكذا قوله فلا شىء عليه *

كان قبل القبض أم بعده ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم بان التسوية لاتجب مطلقاً قبل القبض و بعده لكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائد على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جناية البائع (والأصح) أنها كالآفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية إن وقع بغير مطالبة المشتري وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر وفي مأخذ الخلاف في الارش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب هذا كله اذا كان لذلك الزمان أجرة والا فلا أجرة على ماتقدم قال الماوردي وعلى جميع الأحوال ليس البائع اقرار الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع (الحالة الثالثة) أن لايكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر فيؤمر البائع بالقلع والنقل و يجبر عليه ولا خيار للمشتري كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال أنا أصلحه وأنقيها لاخيار المشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه وهناك لايلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ثم ان الماوردي على عادته

قال ﴿ ولو عاد الزيت بالاغلاء الى نصفه ضمن مثل نصفه وان لم تنقص القيمة لأن له مثلا * وكذا في اغلاء العصير * وقال ابن سريج لايضمن في العصير لان الذاهب مائية غير متمولة بخلاف الزيت ﴾*

اذا غصب زيتاً أو دهناً فأغلاه فاما أن تنقص عينه أو قيمته أو كلاهما أو لاينقص واحد منهما فان نقصت عينه دون قيمته كما اذا غصب صاعين قيمتهما درهمين فعادا بالاغلاء الى صاع قيمته درهمان ففيه وجهان (أحدهما) ويروى عن صاحب التلخيص أنه يرده ولا غرم عليه لأن مافيه من الزيادة والنقصان استند الى سبب واحد فيجبر النقصان بالزيادة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب أنه يرده و يغرم مثل الصاع الذاهب لان الزيت بدلا مقدراً وهو المثل فصار كما لو جنى وخصى العبد والزيادة الحاصلة أثر محض لاينجبر به النقصان كما لايستحق به الغاصب شيئاً إذا لم يكن نقصان * وان نقصت قيمته دون عينه رده مع ارش النقصان * وان انتقصا جميعاً فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ماذهب بالاغلاء إلا إذا كان مانقص من القيمة أكثر ممانقص من العين فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقي وان لم ينقص واحد منهما رده ولا شيء عليه * ولو غصب عصيراً وأغلاه فهل هو كالزيت حتى يضمن مثل الذاهب إذا لم تنقص القيمة فيه وجهان (أحدهما) نعم و به قال أبو على الطبري لأنه مضمون بالغلى كالزيت (والثاني) لا و به قال ابن سريج والفرق أن حلاوة العصير باقية والذاهب

لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال ثم القول فى الاجرة وتسوية الارض على مامضى فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتج الي ذلك وقد ذكر المصنف هذه الحالة فى باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى (الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولايكون فى تركها ضرر فللمشترى الخيار اذا كان جاهلا فان أجاز ففى الاجرة والارش ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول أقلع وأغرم الاجرة أوارش النقص قال صاحب التهذيب ويجئ فيه مثل الخلاف المذكور فى الحالة الثالثة ولو رضي البائع بترك الاحجار فى الارض سقط خيار المشترى ابقاء للعقد ثم ينظر إن اقتصر على قوله تركتها فهل هو تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة فيه وجهان حكاهما الرافعى وهما كالوجهين فى ترك النعل علي الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تمليك ليكون فى مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لاغير وبالاول أجاب الماوردى وينبنى علي الوجهين مالو قلعها المشترى يوماً ما أو بدى للبائع فى تركها هل يمكن من الرجوع والاكثرون أن له ذلك ويعود خيار المشترى وهو القياس وقال الماوردي والامام لارجوع ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك قال الماوردى لانه يجرى مجرى الابراء الذى لايجوز الرجوع فيه ولا يعتبر فيه القبول وادعى الامام

مائية ورطوبة لاقيمة لها والذاهب من الزيت زيت متقوم وهذا أصح مما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى الرويانى ومن قال به قطع بانه لايضمن مثل العصير الذاهب وايراد صاحب الكتاب يقتضى ترجيح الوجه الأول وربما يقول من رجحه الذاهب من الزيت المائية أيضاً الا أن مائيته أقل وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران فى أنه هل يضمن مثل الزيت الذاهب إذا لم تنقص القيمة والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير يجرى فيما إذا صار خلا وانتقص عينه دون قيمته وكذا إذا صار الرطب تمراً *

قال ﴿ ولو هزلت الجارية ثم سمنت * أو نسي الصنعة ثم تذكر * أو أبطل صنعة الاناء ثم أعاد مثله ففى حصول الجبر وجهان * ولو أعاد صنعة أخرى فلا ينجبر أصلا ﴾ *

نقصان المغصوب هل ينجبر بالكمال بعده ينظر ان كان الكمال من الوجه الذى حصل فيه النقصان كما لو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت كما كانت ففيه وجهان (أحدهما) ينجبر ويسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد وكما لو جني على عين فابيضت ثم زال البياض (واظهرهما) المنع لأن السمن الثانى غير الأول ويروى هذا عن الاصطخري والأول عن ابن أبى هريرة والوجهان عند القاضى أبي الطيب مبنيان على الخلاف فيما إذا قلع سن كبير وعاد وضعفه صاحب التتمة لأن عود سن الكبير نادر وعود السمن ليس بنادر فهو بعود سن الصغير أشبه وأجري الوجهان فيما اذا كان العبد المغصوب

أنه لاخلاف فيه وان قال وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك ومنهم من طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة وانما المقصود دفع الفسخ وان لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) إن صححناها ففى إفادة الملك ماذكرنا فى الترك قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعي رضى الله عنهما ولم يتعرض لان المشترى يجبر على ذلك اولا وقد قال القاضي أبو الطيب البائع اذا قال وهبت الحجارة ففى إجبار المشترى على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالاولة فوهبها هل يجبر على قبولها فيه قولان (ان قلنا) لايجبر فلانها هبة مجهولة فلا تصح وايضاً فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثانى) يجبر لأن بقبولها يزول الضرر (فان قلنا) لايجبر فعلى البائع نقلها فان لم يسمح البائع بترك الاحجار ثبت للمشترى الفسخ فان فسخ رجع بالثمن وان أقام فهل للبائع القطع نظر ان كانت الارض بيضاء أو مغروسة بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ثم الحكم فيه ياتى ان شاء الله تعالى * وان كانت مزروعة بزرع المشترى قال الماوردى فعلى البائع ترك الاحجار الى انقضاء مدة الزرع لأنه زرع غير متعد به فلما يقلع قبل حصاده فاذا حصد المشترى زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض

صانعاً فنسى الصنعة ثم تذكرها أو تعلمها ومنهم من قطع ههنا بالانجبار لأن السمن الثانى زيادة فى الجسم محسوسة مغايرة لما كان وتذكر الصنعة لايعد فى العرف شيئاً متجدداً والظاهر ههنا الانجبار سواء ثبت الخلاف أم لا ومنهم من قطع فى السمن بعدم الانجبار وخص الخلاف بالصورة الثانية وحكاه فى التهذيب عن صاحب التلخيص واذا قلنا بالانجبار فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى ضمن مابقى من النقصان وانجبر ماوراءه بما عاد ويجرى الخلاف فيما إذا كسر الحلى والأناء المغصوبين ثم أعاد تلك الصنعة ويجوز أن يعلم قوله فى الكتاب وجهان - بالواو - للطريقة القاطعة بعدم الانجبار بعود السمن وبالانجبار فى تذكر الصنعة وان كان الكمال من وجه آخر بان نسى صنعة وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الاناء وأحدث صنعة أخرى فلا انجبار بحال وعلى هذا لو تكرر النقصان وكان الناقص كل مرة مغاير للنوع الناقص فى المرة الأخرى ضمن الكل حتى لو غصب جارية قيمتها مائة فسمنت و بلغت القيمة الفا وتعلمت صنعة فبلغت القيمة الفين ثم هزلت ونسيت الصنعة فعادت قيمتها الى مائة يردها ويغرم الفاً وتسعمائة ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن أو حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أو سورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنها وان لم تكن مغايرة كما اذا علمه سورة واحدة أو حرفة واحدة مراراً وهو ينساها فى كل مرة (فان قلنا) لايحصل الانجبار بالعائد ضمن النقصان كل مرة (وان قلنا) يحصل ضمن أكثر المرات نقصاناً *

وتسوية الارض ووافقه صاحب التهذيب فقال اذا كان فوق الاحجار زرع للبائع أو للمشترى فانه يترك الى أوان الحصاد لان له غاية بخلاف الغراس قال الرافعى ومنهم من سوى بينه و بين الغراس *

﴿ فرع ﴾ تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لاخيار للمشترى ومحل ذلك على مايقتضيه كلامه إذا بادر البائع اليه فلو تقاعد عنه كان للمشترى الخيار قال ابن الرفعة وقد يقال بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالى وغيره تبعاً لظاهر النص يعنى فى وجوب تسوية الارض على البائع لان فى ذلك محافظة على اتمام العقد *

﴿ فرع ﴾ فى هذه الحالة فاما الغراس الذى وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشترى على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقاً ثم لايخلو إما ان يكون ذلك الغرس متقدماً على البيع قد دخل واما أن يكون المشترى استجده فان كان متقدماً فان قلعها بعد القبض فعليه الاجرة على الصحيح وارش النقص وتسوية الارض على ماتقدم وتعيب الاشجار بالاحجار

﴿ فرع ﴾ لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته نقل القاضى الرويانى عن النص انه لايضمن النقصان لأنه غير محترم والمضمون الزيادة المحترمة وعن بعض الأصحاب أنه يغرمه ولهذا لو قتل عبداً مغنياً يغرم قيمته قال وهو الاختيار *

﴿ فرع ﴾ مرض العبد المغصوب ثم برىء وزال أثر المرض لاشىء عليه مع رده وفيه وجه بعيد أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برىء وزال الأثر *

﴿ فرع ﴾ غصب شجرة فتحات ورقها ثم أو رقت أو شاة فجز صوفها ثم نبت غرم الاول ولا ينجبر بالثانى بخلاف مالو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت أو انمعط شعرها ثم نبت يحصل الانجبار قاله فى التهذيب لان الورق والصوف متقومان فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومين وانما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها وقد زال *

قال ﴿ ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن مثل العصير لفوات المالية * ولو صار خلا فالاصح أنه يرد مع أرش النقصان إن كان الخل أنقص قيمة * وقيل يغرم مثل العصير ويرد الخل وهو رزق جديد كالسمن العائد * وكذا الخلاف فى البيض إذا تفرخ * والبذر إذا زرع * والاصح الاكتفاء به فانه استحالة إلى زيادة * ولو غصب خمراً فتخلل فى يده * أو جلد ميتة فدبغه فالاصح أن الخل (ح) والجلد للمغصوب منه * وقيل بل للغاصب فانه حصل بفعله مما لامالية للمالك فيه ﴾ *

كتعيب الارض فى اثبات الخيار وسائر الاحكام وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا ارش النقص على ماتقدم وقد مر فى مثله كلام الرافعى ومن وافقه وفي الاجرة وجهان (اصحهما) لا ولو سمح البائع بترك الاحجار وكان القلع والترك يضران ففى ثبوت الخيار وجهان حكاهما المحاملى (اصحهما) الثبوت لانه ابتاع ارضاً على ان فيها غراساً فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر هكذا قال وفى نظيرها فيما اذا كانت الارض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف فى سقوط الخيار وقال الامام فى الارض المغروسة فيما اذا كان القلع يضر دون الترك وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع لان الائمة اجمعوا على ان الخيار يبطل وان كان الغراس احدثه المشترى بعد الشراء

فى باقى الفصل مسألتان (احداهما) إذا غصب عصيراً فتخمر عنده كان المغصوب منه تضمينه مثل العصير لفوات المالية وذكروا أن على الغاصب اراقة الخمر فلو جعلت محترمة كما لو تخمرت فى يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً ولو تخللت فى يد الغاصب فوجهان (أصحهما) أن الخل للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان ان كانت قيمة الخل أنقص (والثانى) أنه يغرم مثل العصير لانه بالتخمير كالتالف وعلى هذا ففى الخل وجهان (أحدهما) أنه للغاصب كما لو غصب الخمر فتخللت يكون الخل للغاصب على وجه (وأظهرهما) أنه للمالك لانه فرع ملكه ويجوز أن يكون الخل له ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلل كما فى السمن العائد على أحد الوجهين ويجرى هذا الخلاف فيما إذا غصب بيضة فتفرخت عنده أو بذراً فزرعه فنبت أو بزر قز فصار قزاً فعلى الأصح الحاصل للمالك ولا يغرم الغاصب شيئا إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه لأن المغصوب قد عاد اليه زائداً وعلى الثانى يغرم المغصوب لهلاكه والحاصل للمالك فى أظهر الوجهين وللغاصب فى الآخر و به قال أبو حنيفة والمزنى و يجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله ويرد الخل ـ بالواو ـ (وقوله) والأصح الاكتفاء به ـ بالحاء والزاى ـ لأن اكتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يجعلان الحاصل له ثم الاكتفاء فيما إذا لم يكن الحاصل نقص وهو الغالب (الثانية) إذا غصب خمراً فتخللت فى يده أو جلد ميتة فدبغه فوجهان (أصحهما) أن الخل والجلد المغصوب منه لانه فرع ملكه فعلى هذا إذا تلف فى يده غرمه (والثانى) أنهما للغاصب لحصولها عنده بما ليس بمال وفى المسألة طريقان آخران (أحدهما) القطع بان الخل للمالك وتخصيص الوجهين بالجلد لأن الجلد صار مالا بفعله والخمر تخللت بنفسها (والثانى) القطع بأن الجلد للمالك وتخصيص الوجهين بالخل لأن جلد الميتة يقتنى والخمر التى غصبها لا يجوز اقتناؤها فان كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة واذا جمعت الطرق واختصرت قلت هما للمالك أو للغاصب أو الخل للمالك والجلد للغاصب أو بالعكس فيه أربعة أوجه واذا حكمنا بأنها للمالك وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضاً

فان احدثه عالماً بالاحجار فللبائع قلع الاحجار وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشترى وان احدثه جاهلا ففي ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشيء من ايداعه الاحجار فى الارض (والاصح) انه لايثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع و بناهما القاضي حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة قال الروياني فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر وسمح البائع بالحجارة للمشترى أجبر على قبولها ولا خيار له فان كانت الارض تنقص بالحجارة أيضاً فان لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانا في الارض فله القلع والفسخ وان أورث القلع أو الغرس نقصاناً فلا خيار فى الفسخ اذلا يجوز له رد المبيع ناقصاً ولـكن يأخذ الارش واذا قلع البائع

عن الخمر والجلد (وأما) إذا كان قد أرق الخمر أو القى جلد الشاة الميتة فأخذهما أحد هل للمعرض استرداد الحاصل فيه وجهان لأنه أبطل اختصاصه بالالقاء (وقوله) فى الـكتاب فانه حصل بفعله فيما لامالية للمالك فيه هذا فى الجلد ظاهر وفى الخمر كأنه يعني به الحفظ والامساك الى أن تتخلل *

قال ﴿ الثانى فى الزيادة فاذا غصب حنطة فطحنها * أو ثوبا فقصره * أو خاطه * أو طيناً فضرب به لبناً * أو شاة فذبحها وشواها لم يملك (ح) شيئاً من ذلك * بل يرده على حاله وأرش النقص ان نقص * وان غصب نقرة فصاغها حلياً ردها كذلك * ولو كسره ضمن الصنعة وان كانت من جهته لأنها صارت تابعة للنقرة * فان أجبره المالك على رده الى النقرة فله ذلك ولا يضمن أرش الصنعة * ويضمن مانقص من قيمة أصل النقرة بالـكسر ﴾ *

الزيادة فى المغصوب تنقسم الى آثار محضة والى أعيان (أما القسم الأول) فالقول الجلى فيه أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئا لتعديه ثم ينظر ان لم يمكن رده الى الحالة الأولى رده بحاله وأرش النقص وان نقصت قيمته وان أمكن رده الى الحالة الأولى فان رضي به المالك لم يكن للغاصب رده الى ما كان وعليه أرش النقص ان كان فيه نقص الا أن يكون له غرض فى الرد الى الحالة الأولى فله الرد وان ألزمه الرد الى الحالة الأولى لزمه ذلك وأرش النقص ان نقص عما كان قبل تلك الزيادة * اذا تقرر ذلك فمن صور هذا القسم طحن الحنطة وقصارة الثوب وخياطته وضرب الطين لبناً وذبح الشاة وشيها ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات بل يردها مع أرش النقص ان نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أبي حنيفة وانما تـكون الخياطة من هذا القسم اذا خاط بخيط المالك (أما) اذا كان الخيط للغاصب فستأتى نظائره فى الطحن والقصارة والذبح والشي لايمكن الرد الى ما كان وكذا فى شق الثوب وكسر الاناء ولا يجبر على رفو الثوب واصلاح الاناء لأنه لايعود إلى ماكان بالرفاء والاصلاح وعن مالك أنه يجبر عليها كما فى تسوية الحفر ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص إن نقص

الاحجار فانتقص الغراس فعليه ارش النقص بلا خلاف هذا ماقاله الرافعي وقال المحاملي لافرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلاغراس ثم يغرس المشترى وقال الماوردى وان كان الغـراس استحدثه المشترى بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه يعنى البائم الاجرة ونقص الغرس وتسوية الارض والتفصيل الذى قاله الرافعي أولى وماقاله الماوردى من أن ذلك لايكون إلا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع فكان ذلك محمول على الغالب والا فيمكن أن يحصل للمشترى فى الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الاجرة وجميع ماسبق من الاحكام التى تختلف قبل القبض و بعده وأما ارش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير لان الغراس

ولو نسج الغزل المغصوب فالكرباس للمالك مع أرش النقص ان فرض نقص وليس للمالك اجباره على نقضه ان كان لايمكن رده الى الحالة الأولى ونسجه ثانياً وان أمكن كالخز فله اجباره عليه فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل فى الأصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسج وفات بالنقض لأن المالك أمره بذلك فان نقض من غير اذن المالك ضمنه أيضاً ولو غصب نقرة وضربها دراهم أو صاغ منها حلياً أو غصب نحاساً أو زجاجاً واتخذ منه اناء فان رضى المالك به رده كذلك وان لم يكن له رده الى الحالة الاولى الا أن يكون ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عياره لأنه حينئذ يخاف التعزير *

قال ﴿ ولو غصب ثوبا قيمته عشرة وصبغه بصبغ قيمته عشرة فصارت قيمة الثوب عشرين فهما شريكان * فيباع و يقسم الثمن بينهما * فان وجد زبون يشترى بثلاثين صرف إلى كل واحد خمسة عشر * وان عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبغ حسب النقصان على الصبغ * وان عاد إلى ثمانية ضاع الصبغ وغرم الغاصب درهمين * وكذا القول فى ثبوت الشركة اذا طير الريح الثوب الى اجانة صباغ * أو صبغ الثوب المغصوب بصبغ مغصوب من غيره * فان قبل الصبغ الفصل أجبر الغاصب على فصله كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به * وقال ابن سريج لايجبر على فصل الصبغ ان كان يضيع بالفصل أولا تفى قيمته بما يحدث فى الثوب من نقصان بسبب الفصل * ومهما طولب بالفصل وكان يستضر به فلو تركه على المالك أجبر على قبوله فى وجه كالنعل فى الدابة المردودة بالعيب * وان لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول * ولو بذل المالك قيمة الصبغ لم يكن له أن يتملك عليـه فان بيع الثوب للخلاص من الشركة سهل * بخلاف المعير يتملك بناء المستعير ببدل لأن بيع العقار عسير * ومهما رغب المالك فى بيع الثوب أجبر الغاصب على بيع الصبغ ليصل كل واحد الى الثمن * فان رغب الغاصب ففى اجبار المالك وجهان ﴾*

ليس بمتبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض وهذه الاحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها الماوردي في هذه الحالة الرابعة والرافعي ذكرها ذكر مالا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتي في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع علي القلع في الحالة الاولى أو في الحالة الثالثة فان القلع يكون جائزاً للبائع ويأتي فيه من التفصيل ما ذكرههنا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ تكلم الامام وقبله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى الغاصب اذا حفر في الارض المغصوبة ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وانما أوجبوا الارش وأجابا عنه بان طم الحفر لايكاد يتفاوت وبنيان الابنية يختلف ويتفاوت فشبه ذلك بذوات الامثال

القسم الثاني الأعيان فمن صوره صبغ الثوب المغصوب وتقدم عليه صورتين مقصودتين في نفسهما ويحتاج اليهما في مسألة الصبغ (احداهما) اذا غصب أرضاً وبنى فيها أو غرس أو زرع كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع قال صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق »(١) وعن أحمد أنه لايكلف قلع الزرع مجاناً لأن له غاية تنتظر ولكن يخير صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين أن يتملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه فانه عين ماله واذا قلع فعليه الأجرة وفي وجوب التسوية أو الأرش ماقدمناه في نقل التراب وان نقصت الارض لطول مدة الغراس فيجمع بين أجرة المثل وأرش النقص أولا يجب الا أكثرهما فيه الخلاف المذكور فيما اذا ابلى الثوب بالاستعمال ولو أراد صاحب الأرض أن يتملك البناء أو الغراس بالقيمة أو تبقيتهما أو الزرع بالأجرة هل على الغاصب اجابته قال في التتمة فيه وجهان (أحدهما) نعم

---

(١) ﴿ حديث ﴾ ليس لعرق ظالم حق أبو داود من حديث سعيد بن زيد في آخر الحديث الذي قبل هذا ورواه النسائي والترمذي وأعله الترمذي بالارسال ورجح الدارقطني إرساله أيضاً واختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده ذمعة وهو ضعيف ورواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهوية في مسنديهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن جده وعلقه البخاري بقوله ويروى عن عمرو بن عوف ورواه البيهقي من حديث الحسن عن سمرة والطبراني من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو (تنبيه) **قوله** لعرق ظالم هو بالتنوين وبه جزم الأزهري وابن فارس وغيرهما وغلط الخطابي من رواه بالاضافة (تنبيه) آخر قال أبو عبيد في كتاب الأموال جاء ما يخالف ذلك ثم أخرج ما أخرجه أبو داود والترمذي من حديث رافع بن خديج مرفوعاً من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته ورواه ابن أيمن في مصنفه بلفظ أن رجلا غصب رجلا فزرع فيها فارتفعوا إلى النبي ﷺ فقضى لصاحب الأرض بالزرع وقضى للغاصب بالنفقة ☆

وهذا بذوات القيم حتى لو وقع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار وامكن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفر *

{ فرع } ذكره المحاملي هنا قال أبو اسحق اذا باع عبداً فقال المشترى هو آبق وقال البائع أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشترى خيار (قلت) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا اشترط البائع الاباق ثم أبق في يد البائع قبل القبض فاذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار *

{ فرع } ذكر الامام في آخر كلامه كالضابط لما تقدم انه مهما فرض ضرر لايندفع فان كان المشترى عالماً فلا خيار والارش فان كان جاهلا ثبت الخيار فان فسخ فذاك وان أراد واراد إلزام البائع ارش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر وكان الضرر في تركه ونقله ففي الارش الاوجه من جهة أن المشترى يجد خلاصها بالفسخ فهو كالاطلاع حالة العقد وان النقص ظهر بعد العقد بفعل منشؤه البائع اما قبل القبض أو بعده مستند الى سبب متقدم كقتل العبد المرتد وان

كالمستعير و بل أولى فان الغاصب متعد (وأظهرهما) المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة بخلاف المعير وهذا ماذكره الامام حكاية عن القاضي الحسين * ولو غصب من رجل أرضاً و بذراً وزرعها به فللمالك أن يكلفه اخراج البذر من الأرض و يغرمه أرش النقصان وليس للغاصب اخراجه اذا رضى المالك (الثانية) اذا زوق الدار المغصوبة نظران كان بحيث لو نزع حصل منه شيء فللمالك اجباره على النزع وان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع هل يجبر المالك على قبوله فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصبغ ولو أراد الغاصب نزعه فله ذلك لأنه عين ماله ولا فرق بين أن يكون للمنزوع قيمة أولا يكون فاذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق لزمه الارش وان كان التزويق محض تمويه لايحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع ان رضى المالك وهل له اجباره عليه فيه وجهان (أحدهما) نعم لانه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بازالته (والثاني) لا كما في الثوب اذا قصر وقال في التهذيب وهو الأصح * اذا عرفت ذلك عدنا الى الصبغ وقلنا للصبغ الذي يصبغ به الثوب أحوال (أن يكون) للغاصب فينظر ان كان الحاصل تمويهاً محضاً فالحكم على ماذكرنا في التزويق وان حصل بالانصباغ عين مال فيه فاما أن لايمكن فصله عنه أو يمكن (القسم الاول) اذا لم يمكن فصله عنه فعن صاحب التقريب حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسمن (والمذهب) المشهور أنه ليس له ذلك لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب لانه عين مال له انضم الى ملك المغصوب منه بخلاف السمن و بخلاف القصارة والطحن ونحوهما فانهما آثار محضة وحينئذ ينظر ان كانت قيمة الثوب مصبوغا مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو

تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تغريم البائع ماتقدم من الخلاف ومنهم من يقطع بتغريمه في هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقبة المبيع وقد ذكر الخلاف في الأجرة فما لوجه ترتبها والفرق لائح فان المنافع ليست معقوداً عليها ولو قيل القدر الذي يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل في استحقاق المشترى لم يكن بعيدا والمبيع كله مستحق للمشتري باجزائه وصفاته *

﴿ فرع ﴾ تقدم أن الاصح في الاجرة أنها لاتجب قبل القبض وتجب بعده وان ذلك قول أبي اسحق المروزى على مانقل أبو الطيب وفى البحر قال الماسرخسي قال اسحق في بغداد قبل خروجه إلى مصر له الاجرة يعني قبل القبض قال القاضي الطبرى وهذا محتمل عندى لأنه نص في البويطى على أن البائع اذا قطع يد العبد المبيع فالمشترى بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الارش فاذا نص فى الارش فالاجرة مثله وبني القفال ذلك على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كجناية الاجنبي *

يساوى بعد الصبغ عشرين فهو بينهما بالسوية حتي لو وجدا راغباً باعاه منه بثلاثين فهى بينهما وان نقصت قيمته مصبوغا عن قيمتهما بأن عاد الثوب مصبوغا والتصوير كما سبق الى خمسة عشر اطلق الاكثرون بأن النقصان محسوب من الصبغ لان الاصل هو الثوب والصبغ وان كان عينا كالصفة التابعة للثوب فيكون الثوب المصبوغ بينهما اثلاثاً الثلثان للمغصوب منه والثلث للغاصب وفى الشامل والتتمة انه ان كان النقصان لانخفاض سوق الثياب فالنقصان محسوب من الثوب وان كان لانخفاض سوق الاصباغ فمن الصبغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل لان صاحب الصبغ هو الذى عمل ويمكن ان يكون اطلاق من اطلق منزلا على هذا التفصيل وان كانت قيمته بعد الصبغ عشرة انمحق الصبغ ولا حق فيه للغاصب وان تراجعت القيمة وكان الثوب مصبوغا يساوى ثمانية فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان فيرده مع درهمين وان زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ بان بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة فمن أطلق الجواب في طرف النقصان أطلق القول ههنا بأن الزيادة بينهما على نسبة ماليهما ومن فصل قال ان كان ذلك لارتفاع سوق الثياب فالزيادة لصاحب الثوب وان كان لارتفاع سوق الاصباغ فهى للغاصب وان كان للعمل والصنعة فهى بينهما لان كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب اذا استندت الى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه (القسم الثانى) اذا أمكن فصله من الثوب (فعن) صاحب التقريب نقلا عن القديم انه ان كان المفصول لاقيمة له فهو كالسمن (والمذهب) انه ليس كالسمن وانه لايفوز به المغصوب منه

﴿ فرع ﴾ تقدم الـكلام في أن للمشترى الخيار عند وجود شروطه المتقدمـة وان الاجرة والارش يفصل فيهما بين ماقبل القبض و بعده وهل يثبت خيار المشـترى بنقص الارض بالقلع تقدم عن المـاوردى فيما قبل القبض انه يثبت وذلك ظاهر لانه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضاً لان سببه كان موجوداً قبل القبض *

﴿ فرع ﴾ اذا اختار المشترى الامساك فيما اذا كانت الارض المذكورة مشتملة علي شجر داخل فى البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر فالحـكم فى التسوية والاجرة على ماتقدم وفى ارش النقص طرق حكاها الروياني (أحدها) لاارش لانه رضى بالنقص وقال أبو اسحق هو كالاجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم وقال ابن سريج بعد القبض يلزم قولا واحداً وقبله قولان وقال بعض أصحابنا بخراسان فيه وجهان قبل القبض و بعده والاصح أنه يجب *

هل يملك اجبار الغاصب على فصـله فيه وجهان (احدهما) نعم كما يملك اجباره على اخراج الغراس و يحكي هذا عن ابن خيران وابى اسحق فى الزيادات على الشرح (والثانى) لا وبه قال ابن سريج لما فيه من الضرر بخلاف الغراس فانه لايضيع بالاخراج ولان الارض بالقلع تعود الي ما كانت والثوب لايعود ولأن الأشجار تنتشر عروقها واغصانها فيخاف ضررها في المستقبل وهذا اظهر عنـد اصحابنا العراقيين وقال صاحب التهذيب فى طائفة الاول اصح وكذا ذكره الامام وحكى قطع المراوزة به وان موضع الوجهين ما اذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بينا وذلك قد يكون لضياع المنفصل بالـكلية وقد يكون لحقارته بالاضافة الى قيمة الصبغ ومن جملة الضياع ان يحصـل فى الثوب نقصان بسبب الفصل لايفي بارشه قيمة المفصول ولو رضى المغصوب منه بابقاء الصبغ واراد الغاصب فصله فله ذلك ان لم ينتقص الثوب وان انتقص قال الامام يبنى على الخلاف فى ان المغصوب منه هل يجبره على الفصل (ان قلنا) لالم يفصله (وان قلنا) نعم فله ذلك وهو الاظهر ويحكى الاول عن ابى الطيب بن سلمة وان تراضيا على ترك الصبغ بحاله فهما شريكان وكيفية الشركة كما بينا فى القسم الاول ثم الـكلام فى فروع (احدها) لو ترك الغاصب الصبغ على المالك ففى اجباره على القبول وجهان ووجه الاجبار صيرورته كالصفة التابعة للثوب وايضاً فان المشترى اذا انعل الدابة ثم اطلع على عيبها فردها مع النعل لـكان يعيبها لونزع النعل يجبر البائع علي القبول ووجه المنع القياس الظاهر ويدل عليه أنه لاجبر على قبول البناء والغراس اذا تركه الغاصب وذكر القاضى الروياني ان الاول ظاهر المذهب لـكن الثانى اقيس واشبه ويخالف مسألة النعل لان الغاصب متعد والمشترى غير متعدى على انه لو الحق بما اذا صبغ المشترى الثوب بما زاد فى قيمته ثم اطلع على عيبه فرده مسامحاً بالصبغ لـكان اقرب

﴿ فرع ﴾ قال الروياني فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لايضر واختار البائع الترك لاخيار للمشترى وهل تملك بالترك على ماتقدم وقال القفال لوقلع المشترى تلك الاحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الاحجار وجهان مبنيان على مالو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ثم وجد المثل هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل وجهان وان اختار القلع فللمشترى الخيار لانه يضر بالمبيع ولافرق بين أن يقول له البائع أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل وليس كما إذا اختار الترك فانه لانقص فى الترك فان اختار المشترى الامساك فالحكم فى التسوية والاجرة وأرش النقص على مامضى *

﴿ فرع ﴾ إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ثم إن كان قلع الاحجار وتركها مضران فللبائع القلع وللمشترى المطالبة به ثم إذا قلع قال الروياني يلزم البائع أرش النقص قولا واحداً لانه حول ملكه عن الارض بادخال النقص على الغير فان كان مراد الروياني نقص الارض فظاهر وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه وأنه لايضمن نقصه وذلك هو الظاهر فانه متعد بالغرس والله أعلم * وان كان قلعها يضر وتركها لايضر فان اختار القلع قال الروياني فعليه أرش النقص قولا واحداً والكلام فيه كما تقدم وليس مراده إلا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال كم يساوى هذا الشجر ولانقص فيقال مائة فيقال وكم يساوى وبه هذا النقص

لما مر من أن الصبغ يصير ملكا للبائع (فأما) فى مسألة النعل فانه يجبر على قبول النعل وفى دخول النعل فى ملكه اختلاف مذكور فى موضعه وذكر الامام فى الفرع شيئين (أحدهما) ان فى موضع الوجهين طريقين (أحدهما) أنهما مطردان فيما اذا أمكن فصل الصبغ وفيما اذا لم يمكن (وأظهرهما) التخصيص بما اذا أمكن وقلنا ان الغاصب يجبر على الفصل والافهما شريكان لايجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر وعلى هذا فطريقان (أحدهما) ان الوجهين فيما اذا كان يتضرر بالفصل إما لماينالهمن التعب أو لأن المفصول يضيع كله أو معظمه فان لم يكن كذلك لم يلزمه القبول بحال (والثاني) ان الوجهين فيما اذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصانا لا يفي بارش قيمته الصبغ المفصول فان وفى لم يلزمه القبول وان تعيب أو ضاع معظم المفصول (والثاني) اذا قلنا بلزوم القبول علي المغصوب منه فلا حاجة الى تلفظه بالقبول (وأما) من جهة الغاصب فلا بد من لفظ يشعر بقطع الحق كقوله أعرضت عنه أو تركته اليه أو أبرأته عن حق أو أسقطته قال ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك (الثاني) لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ وأراد أن يتملكه على الغاصب هل يجاب اليه فيه وجهان سواء كان الصبغ مما يمكن فصله أو مما لا يمكن (أحدهما) نعم ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الامر بينهما وقد شبه ذلك بما اذا رجع المعير وقد بني المستعير أو غرس فانله أن يتملكه عليه بالقيمة وبهذا قال أبو حنيفة (وأظهرهما)

فيقال تسعون فيقول نقص العشر فتلزم حصته من القيمة وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشترى فعلى ماذكرنا *

﴿ فرع ﴾ قال الروياني وغيره ولو كان البائع زرع فيها زرعاً و باعها مع الزرع وتحتها أشجار يعنى والمشترى جاهل بها فليس للبائع أن يقلع الأحجار مالم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع وان الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار إليه *

﴿ فرع ﴾ قال الغزالى رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبى الدم أن العراقيين نقلوا أنه يجب علي الغاصب أرش نقصان الحفر يريد به ولايلزمه التسوية وفى مسألة البيع يلزمه التسوية ومعناه ولايلزمه أرش النقص واختلف الاصحاب فى ذلك على طريقين منهم من قال يلزمه أرش النقص فى المسألتين دون تسوية الحفر فيهما ومنهم من قال يلزمه التسوية فى المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعد وان الغاصب فيلزمه الارش بخلاف البائع فيلزمه التسوية *

﴿ فرع ﴾ زرع المشترى الارض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفى قلعها هلاك الزرع لم يمكن البائع من قلعها لان للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس قاله صاحب التتمة وغيره ونص عليه الشافعي رضى الله عنه وكذلك فيما إذا علم المشترى بالحجارة وترك البائع القلع ثم أراده بعد زرع

وهوالمذكور في الكتاب المنع و يفارق مسألة العارية لان المعير لا يتمكن من القلع مجانا فكان محتاجا الى التمليك بالقيمة وههنا بخلافه وأيضاً فان بيع العقار عسير و بيع الثوب سهل و به يحصل الخلاص من الشركة وفى التتمة أنه ان كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به ففى تملك المغصوب منه الوجهان المذكوران فى الغراس والبناء وان كان لا يحصل منه شيء فله تملكه لا محالة فيتولد من هذا وجه ثالث فارق (الثالث) متى اشتركا فى الثوب المصبوغ فهل لأحدهما الانفراد ببيع مايملكه منه جعله الامام على الوجهين فى بيع دار لا ممر لها لانه لايتأتى الانتفاع باحدهما دون الآخر (والأظهر) المنع فلو رغب مالك الثوب فى البيع ففى المهذب والتهذيب أنه يباع و يجبر الغاصب على موافقته ووجهه أن المالك ان لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله وان تمكن فلا شك فى عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه والغاصب متعد فليس له الاضرار بالمالك بالمنع من البيع وتعسيره وان رغب الغاصب فى البيع ففي اجبار المالك على موافقته وجهان (أحدهما) يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منهما الى عين ملكه (وأظهرهما) المنع كيلا يستحق المتعدى بتعديه ازالة ملك غير المتعدى وفى النهاية أن واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة فى الأموال (الحالة الثانية) أن يكون الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب ايضاً فان لم يحدث بفعله نقصان

المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده المشتري كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه قال الرافعي ومن الاصحاب من يسوى في الحالتين بينه و بين الغراس *

﴿ فرع ﴾ شبه المتولي الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغ رسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما إذا باع الشجرة و بقي لنفسه الثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ثم قال ومنا يجعل الحادثة كالمبيعة في حكم الاختلاط قال ههنا ان الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة يعني لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها فجعلنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع قال وأصل المسألتين إذا اشترى جارية فوطئها ثم استحقت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه والثمار الحادثة فجعلنا الحال الحاصل في واحد منهما كالحال في عين المبيع وفرض المتولي المسألة فيما إذا كان قلعها يضر بالغراس وتركها لا يضر وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقاً *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد الجويني في السلسلة لما ذكر الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة و بناهما على أن جناية البائع كالآفة السماوية وكجناية الأجنبي

ولا غرم على الغاصب وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في الغاصب والمالك وان حدث نظر ان كانت قيمته مصبوغا عشرة والتصوير كما تقدم فهو لصاحب الثوب ويغرم الغاصب الصبغ للآخر وان كانت قيمته خمسة عشر روي صاحب التهذيب ان الثوب بينهما بالسوية و يرجعان على الغاصب بخمسة قال والقياس أن يكون بينهما أثلاثا كما مر في الحالة الأولى وهذا مانقله غيره وهو الحق فان كان مما يمكن فصله فلهما تكليف الغاصب الفصل فان حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً اذا قلنا ان المالك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الأولى وهذا اذا حصل بالانصباغ عين مال في الثوب فان لم يحصل الا بمؤنة فالحكم ما بينا في التزويق ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة فيما اذا طير الريح ثوب انسان في اجانة صباغ وانصبغ لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم ان حصل نقص في أحدهما اذ لاتعدى ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة فعلى ماتقدم (الحالة الثالثة) أن يكون الصبغ مغصوبا من مالك الثوب أيضاً فان لم يحدث بفعله نقصان فهو للمالك ولا غرم على الغاصب ولا شيء له ان زادت القيمة لأن الموجود منه أثر محض وان حدث بفعله نقصان غرم الارش واذا أمكن الفصل فللمالك اجباره عليه وليس للغاصب الفصل اذا رضي المالك (واعلم) أن المذكور في

قال فان قيل القبض هنا حاصل والمذهب لايختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبي وانما القولان قبل القبض (قلنا) البائع إذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى وهذا الذى قاله الشيخ قد تقدمت الاشارة إليه ولكني أحببت نقله من كلامه *

﴿ فرع ﴾ من تتمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به قال الامام وليس لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع وقياما بتسليم الأرض والأشجار له *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعي رحمه الله لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع وفي دخول الأشجار الخلاف الذى سبق وان كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع بل لا حريم لمثل هذه الدار كذا ذكرها الرافعي(١) إذا قال بعتك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الارض والاشجار والغراس وكل ماله من النبات أصل لاخلاف في المذهب في ذلك وفي دخول البناء الذى فيه ماسبق في دخوله تحت الارض وقال الغزالي إن الأظهر عدم الدخول جريا على قاعدته (وأما) على المذهب فانه يدخل ولو قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قد يخلو عن البناء ولكنه

(١) بياض بالاصل

الكتاب هو الحالة الأولى وفي أثنائها تعرض للثانية (وقوله) في أول الفصل فلهما شريكان يجوز اعلامه - بالواو - لما حكي عن القديم من تنزيله منزلة السمن (وقوله) فيباع ليس المراد منه البيع القهرى وانما الغرض ههنا أنه اذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركا بينهما ثم ان رضيا بالبيع فذاك والا فهل يجبر أحدهما الآخر فيه ماقد عرفته (وقوله) وان عاد الثوب الى خمسة عشر بالصبغ يمكن أن يفهم من قوله بالصبغ الاحتراز عما اذا كان النقصان بسبب تراجع الاسواق فان النقصان حينئذ لا يحسب من الصبغ اذا كان التراجع في الثياب على ماحكيناه عن الشامل والتتمة (وقوله) وكذا القول في ثبوت الشركة اذا طيرت الريح الثوب انما قال في ثبوت الشركة ولم يقل وكذا القول فيما اذا طيرت الريح الثوب لأن الصورتين اللتين ذكرها ليستا كما اذا صبغ الثوب المصبوغ بصبغ نفسه في جميع الاحكام المذكورة اذ لو رجع الثوب مصبوغا الى ثمانية لايغرم صاحب الاجانة شيئاً وانما الصورتان كتلك الصورة في ثبوت الشركة فيهما حيث ثبتت الشركة فيهما ويجوز أن يعلم - بالواو - لان قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصبغ في الصورتين ولا تثبت الشركة (وقوله) كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وان نقص زرعه به أشار بقوله وان نقص زرعه به الى أنه لا عبرة بما يعرض في الصبغ من ضرر بسبب انتشاره وتمدده كما لا عبرة بنقصان الزرع (وقوله) ومهما طولب بالفصل وكان يستضر به (وقوله) بعد ذلك وان

إذا

إذا كان مشتملا عليه تناول اسمه جميع ذلك وهو كالاحتمال الذى فى دخول الشجر فى بيع الدار وهو ههنا أقوى لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الاشجار غالبا و يندر أن يكون بستان لابناء فيه وجزم الرافعي بدخول الحائط ولاوجه لذلك بل هى من جملة الأبنية فالجزم فيها مع طرد الخلاف فى غيرها غير متجه ولامساعد عليه عند الأكثرين هذا والماوردى أطلق طرد الخلاف فى البناء من غير تفصيل والرويانى فى البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق وان بعض أصحابنا قال يدخل الجدار المحيط قولا واحداً وهو ضعيف عندى وجزم القاضى أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف فى دخول النخلة والشجرة فى بيع الدار وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول فى البستان وهو الذى يقتضيه العرف لاسيما فى بلادنا هذه التى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والاغلاق لشبه المساكن قال الامام والبناء عندى بالاضافة إلى البستان كالشجرة بالاضافة إلى الدار فقد تلخص فى دخول الأبنية فى البستان طرق (إحداها) أن الجدار المحيط يدخل جزما وفيما عداه الطرق وهو ما أورده الرافعي وضعفه الرويانى (والثانية) إجراء الخلاف فى الجميع وهى قضية إطلاق الأكثرين (والثالثة) الجزم بدخول الجميع وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب وهى التى اقتضى كلامى أولا الميل اليها وليس لنا طريقة جازمة

لم يكن عليه ضرر لم يكن له الاجبار على القبول جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما اذا تضرر بالفصل وقد بينا ما فيه من الاختلاف فيجوز اعلام قوله لم يكن له الاجبار - بالواو - (وقوله) لم يكن له أن يتملك معلم - بالحاء والواو - (وقوله) لتضمن الغاصب على بيع الصبغ - بالواو - لما حكينا عن النهاية

﴿فرع﴾ إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة وقيمة الثوب عشرة و بلغت قيمته مصبوغا ثلاثين ففصل الغاصب الصبغ ونقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه مانقص عن عشرة وكذا مانقص عن خمسة عشر ان فصل بغير اذن المالك وطلبه وان فصل باذنه لم يلزمه إلا نقصان العشرة وان عادت قيمته مصبوغا الى عشرة لتراجع الاسواق وكان التراجع فى الثياب والأصباغ على وتيرة واحدة فالثوب بالسوية بينهما كما كان والنقصان داخل عليهما جميعاً وليس على الغاصب غرامة مانقص مع رد العين نعم لو فصل الصبغ بعد تراجع القيمة الى عشرة فصار الثوب يساوى أربعة دراهم غرم مانقص وهو خمس الثوب بأقصى القيم والمعتبر فى الأقصى خمسة عشر ان فصل بنفسه وعشرة ان فصل بطلب المالك له *

قال ﴿ واذا غصب زيتاً وخلطه بزيته فالنص أنه كالاهلاك فيضمن المثل من أين شاء * وتخريج الأصحاب أن لا ضمان لأنه لو خلطه بمثله فهو مشترك * وان خلطه بالاجود أو بالأردإ فقولان * (ان

بعدم دخول الابنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الارض وهذا مالا يمكن ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الابنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة وكذلك فعل ابن الرفعة قال الرافعى وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان لكن العادة فى نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم وادخاله في مسمى البستان ولكن لايبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به وذكر ابن الرفعة أن هذا (١) كالامام وانه ان صح يكون وجهاً رابعاً يعنى (٢) الكرم والبستان (٣) ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى وفى العريش وهو المسمى فى بلادنا بالكرم (٤) اللزوم تردد للشيخ أبي محمد رجح الامام والغزالى دخوله وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم والامام نقله فى لفظ البستان والباحة وفى كلامه مايدل علي جريانه فى الكرم أيضاً وفى كلام الامام مايقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل فانه قال والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم (٥) أو البستان فى مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشه وان كان مجلد قال ابن الرفعة لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك إذا كان العريش ينقل (أما) إذا كانت تراد للدوام (٦) فى بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى ولو قال هذه الدار

(من ١ إلى ٦) بياض بالاصل

قلنا) انه هالك غرم مثله من أين شاء * (وان قلنا) انه مشترك فيباع الكل ويوزع على نسبة القيمة ولا يقسم الزيت (و) بعينه على تفاوت فيؤدى الى الربا * وخلط الدقيق بالدقيق كخلط الزيت بالزيت * وخلط الزيت بالشيرج أولى بجعله اهلاكا * وخلط الحنطة بالشعير ليس باهلاك بل يلزمه الفصل بالالتقاط ﴾*

اذا خلط الزيت المغصوب بغيره لم يخل اما أن يتعذر التمييز بينهما أو لا يتعذر * ان تعذر فاما أن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون * ان كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة نظر ان خلطه بأجود من المغصوب فالنص أنه كما لو هلك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط ونص فى التفليس فيما اذا خلطه بالأجود ثم فلس على قولين (أحدهما) هذا حتي لايكون للبائع الا المضاربة بالثمن (والثانى) أنهما شريكان فى المخلوط و يرجع البائع الى حقه منه واختلف الاصحاب على طريقين (أظهرهما) اثبات القولين فى الغصب أيضاً وجه جعله هالكا تعذر رده والوصول اليه وأيضاً فان قلنا بالشركة لاحتجنا الى البيع وقسمة الثمن بينهما كما سيأتى ولا يصل المالك الى عين حقه ولا الى مثله مع وجود العين والمثل أقرب الى حقه من الثمن ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ وعلى ما اذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضى المالكين وأيضاً فلو غصب صاعا من هذا وصاعا

بستان دخلت الأبنية والأشجار جميعاً ولو قال هذا الحائط بستان أو هذا المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الاشجار وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق هكذا ذكره فى التهذيب وهكذا قال الرويانى فيما اذا قال حائط بستان وفى لفظهما قلق والمراد أن يقول بعتك هذا الحائط البستان هذه العبارة المستقيمة قال الرافعى ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما إذا كانت فى كلامهم بالميم فالاشارة تكون للمبم وهو البستان فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الارض والاشجار والبناء المحيط وفى دخول مافيه من البناء الخلاف عنده فلذلك الحق هذه اللفظة بالبستان (قلت) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المهذب والرافعى والروضة ـ بالميم ـ واخراج البناء عنها بعيد وان أخرج فيما اذا نطق باسم البستان فان الاشارة الى الجميع وتخصيصها ـ بالميم ـ دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعاً بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه لان اسم البستان

من هذا وخلطها وجعلناهما هالكين ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب وذلك بمحض التعدى وأظهر القولين عند الاكثرين الأول المنصوص وعند الامام والمتولى الثانى (والطريق الثانى) القطع بالقول الاول والفرق أنا إذا لم نثبت الشركة هناك لايحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج الى المضاربة وههنا يحصل للمالك تمام البدل وان خلطه بمثله ففيه الطريقان وطريق ثالث وهو القطع بالشركة لان فى اثبات الشركة اتصال المالك الى بعض حقه بعينه والى بدل بعضه من غير زيادة نقوم على الغاصب فكان أولى من اتصاله إلى بدل الكل وحكى ذلك عن ابن سريج وأبى اسحق وان خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهالك أيضاً ويجىء فيه الطريقان المذكوران فى الاجود ولكن المنصوص فى التفليس والحالة هذه ليس إلا قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج فيه قولاً آخر يمكن أن يكون مخرجاً من نصه ههنا ويكون فى الصورتين قولا بالنقل والتخريج من الطرفين ويمكن أن يكون قول الهلاك فى الاردإ مخرجا من توجيهه فى الاردإ فان الشافعى رضى الله عنه قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لايوجد عين ماله على مامر واذا اختصرت قلت فى الخلط المطلق ثلاثة أوجه (ثالثها) الفرق بين خلط بغير المثل فيكون المغصوب هالكا وبالمثل فيشتركان *

﴿ التفريع ﴾ إن جعلنا الاختلاط كالهلاك فللغاصب أن يعطيه المثل من غير المخلوط وله أن يعطيه منه اذا كان الخلط بالمثل وكذا لو خلطه بالاجود لان المخلوط خير من المغصوب وليس له ان يعطيه قدر حقه من المخلوط إذا خلط بالاردا إلا إذا رضى المالك ولذا رضى فلا أرش له كما اذا أخذ الردىء من موضع آخر وان حكمنا بالشركة فان خلط بالمثل فقدر زنته من المخلوط وان خلط بالأجود

صادق بدونها نعم قول الرافعي فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير ـ ميم ـ فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة ولا أعلم معناه فان كان موضوعا للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وان كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً (والاقرب) ان حذف ـ الميم ـ تصحيف وان اللفظ بالميم كما هو فى الكتب وان الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان والحائط بمعناه وانه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر كما قاله الرافعى لكنه لا ينبغي التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الاشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى اخراج شيء من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم * قال ابن الرفعة وفى بعض الشروح أنه لو قال بعتك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والارض وان كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ماقاله صاحب التهذيب وخلاف ماقاله الرافعي أيضا و بعيد من جهة المعنى لا وجه له والله سبحانه وتعالى أعلم *

كما اذا خلط صاعا قيمته درهم بصاع قيمته درهمان نظر ان أعطاه صاعا من المخلوط أجبر المالك على قبوله لان بعضه من حقه و بعضه خير منه والا فيباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثا فان أرادا قسمة عين الزيت على نسبة القيمة فالظاهر أنه لايجوز لانه يكون أخذ ثلثي صاع لجودته فى مقابلة صاع وهو ربا وعن رواية البويطى أنه يجوز و بني ذلك على أن القسمة افراز حق لا بيع وفى المسألة وجه أنه يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط لان اكتساب المخلوط صفة الجودة بالخلط كزيادة متصلة تحصل في يد الغاصب وان خلط بالاردأ كما اذا خلط صاعا قيمته درهمان بصاع قيمته درهم أخذ المالك من المخلوط صاعا مع أرش النقصان لأن الغاصب متعد بخلاف ما اذا خلط المشترى بالاردأ وافلس فان البائع اما أن يقنع بصاع من المخلوط أو يضارب مع الغرماء فان اتفقا على بيع المخلوط وقسمة الثمن أثلاثا جاز وان أرادا قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرق الاجود ومنهم من قطع بالمنع لانه أمكن الرجوع الى صاع منه مع الارش ولاحاجة الى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل وخلطه الخل بالخل واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت واذا خلط الدقيق بالدقيق (فان قلنا) انه مثلى و به قال ابن سريج فهو كخلط الزيت بالزيت أيضاً (وان قلنا) انه متقوم (فان قلنا) ان المختلط هالك فالواجب على الغاصب القيمة (وان قلنا) بالشركة فيباع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين فان أرادا قسمة عين الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالأجود أو الأردأ فهو على ماذكرنا فى قسمة الزيت المخلوط وان كان الخلط بالمثل فالقسمة جائزة ان جعلناها افرازاً وان جعلناها بيعاً لم تجز لان بيع الدقيق بالدقيق لايجوز هذا اذا كان الخلط بالجنس (أما) اذا خلط

﴿ فرع ﴾ قول الغزالي في الوجيز إن الاظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الارض (وأصح) الطرق عنده في اسم الارض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الاظهر من الطرق والعجلي قال ان معناه الاظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان والشجر بالنسبة الى الدار والذى حكاه الامام والغزالي في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الارض لايتناول البناء والشجر اى ان قلنا البناء والشجر داخلان في الارض فههنا أولى (وان قلنا) لا يدخل فههنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي الاظهر أى من هذه الاوجه ولا شك ان ماقاله الامام نفيه * لكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الارض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الاظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة وقد تقدم في استتباع الدار الاشجار بحث ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الاوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان

المغصوب بغير جنسه كما لو خلط زيتاً بشيرج أو دهن بان أو دهن جوز أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير فالمغصوب هالك لبطلان فائدته وخاصيته باختلاط غير الجنس به بخلاف الجيد مع الردىء ومنهم من جعله على الخلاف السابق ووجه ثبوت الشركة مالو خلطا بالرضى هذا ما اختاره صاحب التتمة ههنا ايضاً وقال ان تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن جاز وان اراد قسمته جاز وكأن المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج قال الامام وألحق الاصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت السويق بالزيت وهو بعيد وانما هو كصبغ الثوب وهذا في الخلط الذى يتعذر معه التمييز والفصل بالالتقاط وان شق سواء خلط بالجنس كالحنطة البيضاء والحمراء او بغير الجنس كالحنطة والشعير والمواضع الذى ينبغى أن يعلم عليهامن الفصل غير خافية *

﴿ فرع ﴾ لوخلط الزيت بالماء وأمكن التمييز لزم التمييز وأرش النقص ان كان فيه نقص وان لم يمكن التمييز فهو كخلطه بالبان الا أن لايبقى له قيمة فيكون هالكا لامحالة فان حصل فيه مميز أو غير مميز نقص سيار فقد سبق حكمه *

قال ﴿ ولو غصب ساجة وأدرجها في بنائه لم يملك بل يرد (ح) على مالكه وانّ أدى الى هدم بنائه * وان أدرج في سفينة لم ينزع ان كان في النزع اهلاك الغاصب * أو اهلاك حيوان محترم * أو اهلاك مال لغيره ولكن يغرم القيمة في الحال للحيلولة الى أن يتيسر الفصل * وان لم يكن فيه الا مال الغاصب ففي جواز النزع وجهان ﴾ *

لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ولو كان فى البستان ماء فهل يدخل فى العقد فيه وجهان حكاهما القاضى حسين * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل فى بيع النخل وان كان مؤبراً لم يدخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فجعلها البائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهى للمبتاع ولان ثمرة النخل كالحمل لانه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل * ثم الحمل الكامن يتبع الاصل فى البيع والحمل الظاهر لايتبع فكذلك الثمرة * قال الشافعى رحمه الله وما شقق فى معنى ما أبر لانه نماء ظاهر فهو كالمؤبر ﴾*

اذا غصب ساجة وأدرجها فى بنائه أو بني عليها أو على آجر مغصوب لم يملك المغصوب وعليه اخراجه من البناء ورده الى المالك و به قال مالك وأحمد وعند أبى حنيفة يملك ويغرم قيمته لنا أنه بنى على ملك الغير عدواناً فلا يزول به ملك المالك قياساً على مالو غصب أرضاً و بني عليها وأيضاً فان القدرة على المثل تمنع من العدول الى القيمة لان المثل اقرب الى المغصوب فأولى ان تمنع القدرة على العين العدول الى القيمة وهذا ما لم تعفن الساجة فان عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة فهى مستهلكة فان أخرجها وردها لزمه أرش النقص ان دخلها نقص وفى الأجرة ماذكرنا فى ابلاء الثوب بالاستعمال ولو أدرج لوحا مغصوباً فى سفينة نظر ان لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشط أو أدرج فى أعلاها ولم يخش من نزعه الغرق أو لم يكن فيها نفس ولامال ولاخيف هلاك السفينة نفسها نزع ورد وخلاف أبى حنيفة عائد فيه وان كان فى لجة البحر وخيف من النزع هلاك حيوان محترم سواء كان آدمياً اما الغاصب اوغيره أوغير آدمى لم تنزع حتى تصل الى الشط وان خيف من النزع هلاك مال اما نفس السفينة أو غيرها فهو اماللغاصب أو لمن وضع فيهاوهو يعلم أن فيها لوحا مغصوباً أو لغيرهما ان كان لغيرهما لم ينزع أيضاً وان كان لهما فوجهان (أصحهما) عند الامام النزع كما يهدم البناء لرد الساجة ولا يبالى بما يضيع عليه (والثانى) وهو الأصح عند ابن الصباغ وغيره أنه لاينزع لأن السفينة لاتدوم فى البحر فيسهل الصبر الى انتهائها الى الشط بخلاف الساجة المدرجة فى البناء فان البناء للتأبيد وحيث لاتنزع الى الوصول الى الشط توجد القيمة للحيلولة الى ان يتيسر الفصل فحينئذ يرد اللوح مع أرش النقص ان نقص ويسترد القيمة ان قلنا لايبالى في النزع بهلاك مال الغاصب فلو اختلطت التى أدرج منها اللوح بسفن الغاصب ولا توقف على النزع الا بفصل الكل حكى فى المهذب فيه وجهين*

﴿ الشرح ﴾ حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم رحمهما الله ولفظهما « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع » وفى لفظ لمسلم « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفى لفظ آخر له « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها إلا أن يشترط الذى اشتراها » وفى لفظ له أيضاً « أيما امرىء أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها كله أئمة علماء ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال أن يشترط المبتاع بغير هاء وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم ومن باع عبداً وله مال فالمال للبائع إلا أن يشترط المبتاع وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء فى الموضعين هكذا قال ابن عبد البر ونبه على أن المعنى إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك فيدل على صحة اشتراط نصف الثمرة أو جزء منها وكذلك فى مال العبد وهو قول جمهور الفقهاء وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام إن شاء الله تعالى والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ولم أقف عليها فى شىء من طرق الحديث وقول المصنف نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور (وقوله) كامن

قال ﴿ وكذا لو غصب خيطاً وخاط به جرح آدمى أو حيوان محترم غير مأكول وكان فى نزعه خوف هلاك لم ينزع اذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء بل يغرم قيمته * فان مات المجروح او ارتد فى النزع لأن فيه مثلة * وفى الحيوان المأكول خلاف لأنه ذبح بغير مأكلة * وينزع عن الخنزير والكلب العقور اذ لاحرمة لهما ﴾ *

الخيط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه فالحكم كما فى البناء على الساجة وان خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره (القسم الأول) المحترم وهو الآدمى وغيره (أما) الآدمى فان خيف من نزعه هلاكه لم ينزع وعلى الغاصب قيمته ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه وان خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب فقرار الضمان عليه وان كان جاهلا فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المغصوب غيره وفى معنى خوف الهلاك خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وفاقا وخلافا قال الامام ولو رتب انقدح وجهان (أحدهما) أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه (والثانى) أن نزعه أولى لتعلقه بحق الآدمي المبني على الضيق (وأما) غير الآدمي فهو على ضربين (أحدهما) غير المأكول فالحكم فيه كما فى الآدمي إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين فيه (والثانى) المأكول فان كان لغير الغاصب لم ينزع وان كان للغاصب ففيه قولان وقيل وجهان (أحدهما) وهو رواية الربيع أنه يذبح ويرد الخيط لأنه جائز الذبح وبذبحه يصل الحق إلى المستحق (وأظهرهما) المنع كما فى غير المأكول لأن الحيوان حرمته فى نفسه ألا ترى أنه يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من إتلافه واذا لم يقصد بالذبح

احتراز من الزرع لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك وان التين والعنب ونحوه (وقوله) لظهوره غاية احترازمن الجوز واللوز والرمان والموز والرانج لأنه لاغاية لخروجه من قشره وانما يظهر بكسره فالرمان والموز للبائع قولا واحداً والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لاتظهر إلا عند الأكل فهذا فى معني قولنا ليس لظهوره غاية وقد ورد فى بعض الروايات من باع وفى بعضها من اشترى وكلها صحيح سنداً ومعني قال ابن عبد البر لايختلف أهل العلم بالحديث فى صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح (وقوله) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه يقال أبر النخل مخففاً يأبرها أبراً والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلعها وظهر مافى بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال وقال بعضهم هو ان تشقق تؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرانى طلع الأناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحا لها وهذه العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف

الاكل منع منه وقد روى أنه ﷺ « نهى عن ذبح الحيوان إلا لمأكلة »[(١)] واذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه فان كان غير الآدمى نزع منه الخيط وفى الآدمى وجهان (أصحهما) على ماذكره فى النهاية أنه ينزع وان لم ينزع فى الحياة لحرمة الروح (والثانى) المنع لأن الآدمى محترم بعد الموت ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « كسر عظم الميت ككسر عظم الحى »[(٢)] (القسم الثانى) غير المحترم فلا يبالى بهلاكه ونزعه منه الخيط ومن هذا القسم الخنزير والكلب العقور (أما) كلب الصيد والماشية فلا يجوز النزع منه قاله الامام والحق الكلب الذى لامنفعة فيه بالمؤذيات وذكر تردداً فيما إذا خاط به جرح مرتد وحكم بأن الأوجه المنع لأن المثلة بالمرتد محرمة وليست كالمثلة بالميت لأنا نتوقع بالمرتد عوداً إلي الاسلام هذا لفظه ويوافق ذلك قوله فى الكتاب أو ارتد ففى النزع خلاف غير أن الامام صوره فيما إذا خيط به جرح المرتد ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على الخياطة والذى أجاب به الأكثرون أن المرتد غير محترم فينزع الخيط منه وكذا الحربى وخرج صاحب التتمة فيما إذا خاط به جرح الزانى المحصن أو المحارب على الخلاف فيما إذا خاط به جرح معصوم فمات لأن تفويت روحه مستحقة فالحق

---

(١) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله. أبو داود فى المراسيل عن القاسم بن عبد الرحمن الشامى فى حديث قال فيه ولا تقتل غنمة ليست لك بها حاجة وفى المؤطأ عن أبى بكر فى قوله كلفظ الاصل ✡

(٢) ﴿ حديث ﴾ كسر عظم الميت ككسر عظم الحى أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقى من حديث عائشة حسنه ابن القطان وذكر القشيرى أنه على شرط مسلم ورواه الدار قطنى من وجه آخر عنها وزاد فى الاثم وفى رواية للشافعى يعنى فى الاثم وذكره مالك فى الوطأ بلاغاً عن عائشة موقوفا ورواه ابن ماجه من حديث أم سلمة (تنبيه) فى الالمام أن مسلماً رواه ليس كذلك ✡

الفحال

الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخيل فيمنعه التساقط وفى عبارة جماعة مايوهم أن التشقق داخل فى مسمى التأبير وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك (أما) الأحكام فبيع الشجر ان كان بشرط القطع جاز مطلقاً رطباً ويابساً وان كان بشرط القلع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً وقال الصيمرى ان كان كالفجل لم يجز لان أسفله غائب وان كان كشجر العصفر وما حفر من التراب جاز لان الغائب منه غير مقصود وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعاً وان باع بشرط التبقية فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب وان كانت يابسة قال المتولى فسد البيع وان أطلق فالمشهور الجواز وعلي مقتضى قول الصيمرى حيث لايجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد * إذا عرف ذلك فقال الأصحاب يندرج في

بالميت ويبني على التفصيل المذكور في جواز غصب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح اذا لم يوجد خيط حلال فحيث حكمنا بالنزع لايجوز الغصب وحيث قلنا لاينزع يجوز والى هذا أشار بقوله اذ يجوز الغصب بمثل هذا القدر ابتداء *

قال ﴿ ولو أدخل فصيلا فى بيته أو ديناراً فى محبرته وعسر اخراجه كسر عليه تخليصاً للمال * وان لم يكن بفعله فالاظهر أن المخلص ماله يغرم أرش النقص * وان غصب فرد خف قيمة الكل عشرة وقيمة الفرد ثلاثة ضمن سبعة لان الباقى ثلاثة * وقيل ثلاثة لانه المغصوب * وقيل خمسة كما لو أتلف غيره الفرد الآخر تسوية بينهما ﴾ *

فيه فرعان (أحدهما) فصيل رجل حصل فى بيت آخر ولم يمكن اخراجه الا بنقض البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه وأدخله فيه نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً وان كان بتفريط من صاحب الفصيل فاذا نقص البناء غرم أرش النقص وان دخل الفصيل بنفسه نقض أيضاً وهل على صاحب الفصيل أرش النقص قال العراقيون نعم وهو ظاهر المذهب لانه انما نقض لتخليص ملكه وذكر الامام وصاحب الكتاب فيه خلافا ووجه المنع أنه لاتفريط من أحد والاخراج لابد منه لحرمة الروح وانما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج ولو وقع دينار فى محبرة ولم يخرج الا بكسرها ان وقع فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً كسرت ولا غرم علي صاحب الدينار وان وقع بفعل صاحب الدينار فعليه الارش وان وقع من غير تفريط من أحد كسرت وعلى صاحب الدينار الارش وأجرى صاحب الكتاب فى وجوب الارش الخلاف المذكور فى الصورة الاولى لكن التوجيه الذى مر لايجىء ههنا وقال ابن الصباغ اذا لم يفرط واحد منهما وضمن صاحب المحبرة الدينار

مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لايدخل لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم قول ابن الرفعة أى إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطلق بيع الشجرة وكذا الأوراق وفي ورق التوت ونحوه خلاف سيأتي تفصيله في كلام المصنف وفي أغصان الخلاف التي تقطع أغصانه ويترك ساقه فاذا باع شجرته فالأغصان لاتدخل في العقد (أما) الخلاف الذى يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ماظهر منه للبائع وفي أصوله الخلاف الذى في أصول النقل قال ذلك القاضي حسين وعن الامام أنه قال هنا انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفي كتاب الوقف قال إنها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقي وتقطع أغصانه ففي دخول أغصانه في بيعه

ينبغى أن يقال لاتكسر المحبرة لزوال الضرر بذلك وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ولم تخرج الا بكسرها فان كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ فان كانت غير مأكولة تخلص بكسر القدر وعليه أرش النقصان وان كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان كما في مسألة الخيط واذا لم يكن معها أحد فان فرط صاحب القدر مثل ان وضع القدر في موضع لاحق له فيه كسرت ولاغرم له وان لم يفرط كسرت وغرم صاحب البهيمة الأرش ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية (الثاني) غصب زوجي خف قيمتهما عشرة ثم رد إحداهما وقيمته ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة لان بعض المغصوب قد تلف والباقي ينقص ولو أتلف أحدهما أو غصبه وحده وتلف وعادت قيمة الباقي الى ثلاثة ففيه أوجه (أحدها) أنه يضمن سبعة لأنه أتلف أحدهما وأدخل النقصان على الباقي بتعديه فاشبه مالو حل أجزاء الباب والسرير فنقصت قيمته (والثاني) يضمن ثلاثة لان قيمة الفرد الذى أتلفه ثلاثة (والثالث) خمسة كما لو أتلف رجل أحدهما وآخر الآخر فانه يسوى بينهما ويضمن كل واحد منهما خمسة ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الأول وبه قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه وقال الامام وصاحب التهذيب الأظهر الثالث ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لايقطع بلا خلاف *

﴿ فرع ﴾ سيأتي القول في أن ماتتلفه البهيمة متى يضمنه مالكها فاذا ابتلعت البهيمة شيئاً واقتضى الحال لزوم الضمان نظر ان كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه وان كان مما لايفسد كاللآلئ فان لم تكن مأكولة لم تذبح ويغرم قيمة ما ابتلعته للحيلولة وان كانت مأكولة ففي الوجهين السابقين

خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ولا يدخل فى بيع الشجرة الكرم الذى عليها قاله القاضى حسين فى الفتاوى ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشترى تفريغ الأرض عنها للعادة ولا يدخل مغرسها فى العقد وجهاً واحداً قاله القاضى حسين وحكمها حكم سائر المنقولات ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين قال فى التتمة فلو شرط إبقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير وشرط عدم القطع عند الجذاذ ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق فى البيع عند شرط القطع وان كانت مجهولة تبعاً كذا قاله وقال الصيمري لايجوز بيع النخلة بشرط القلع لأن أسفلها غائب ولايدخل عند شرط القطع بل تقطع عن وجه الارض * وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط وفيه عند شرط القلع ماتقدم عن الصيمرى ولايجب تسوية الأرض لانه شرط القلع قاله في الفتاوى ولو أطلق جاز الابقاء أيضاً للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه وليس

ولو باع بهيمة بثمن معين فابتلعته نظر ان لم يكن الثمن مقبوضاً انفسخ البيع وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالاً للمشترى الا أن يقتضي الحال وجوب الضمان علي صاحب البهيمة فيستقر العقد ويكون ماجرى قبضاً للثمن بناء علي أن اتلاف المشترى قبض منه وان كان الثمن مقبوضاً لم ينفسخ البيع وهذه بهيمة للمشترى ابتلعت مالا للبائع *

﴿ الفصل الثالث * فى تصرفات الغاصب ﴾

قال ﴿ فاذا باع الجارية المغصوبة ووطئها المشترى وهو عالم لزمه الحد والمهر (ح) ان كانت مستكرهة * وان كانت راضية فوجهان لقوله عليه الصلاة والسلام «لامهر لبغى» ولكن المهر للسيد فيشبه أن لايؤثر رضاها * وفى مطالبة الغاصب بهذا المهر تردد لان منافع البضع لاتدخل تحت الغصب * وان كان جاهلا لزمه المهر ولا يجب إلامهر واحد بوطآت اذا اتحدت الشبهة وفى تعدد الوطء بالاستكراه تردد فى تعدد المهر ﴾*

هذا الفصل الثالث وان كان مترجماً بتصرفات الغاصب مطلقا لكن القصد منه شيئآن (أحدهما) الكلام فى وطء المشترى من الغاصب (والثانى) فيما يرجع به اذا غرم علي الغاصب واعلم قبل الشروع فيهما أنه اذا اتجر الغاصب فى المال المغصوب ففيه قولان (الجديد) أنه ان باعه أو اشترى بعينه فالتصرف باطل وان باع سلماً أو اشترى فى الذمة وسلم المغصوب فالعقد صحيح والتسليم فاسد ولا تبرأ ذمته عما التزم و يملك مايأخذو ارباحه له (والقديم) أنه يتبعه والشراء بعينه منعقد موقوفا على اجازة المالك فان أجازه فالربح له وكذا اذا التزم فى الذمة وسلم المغصوب وتكون الارباح للمالك وهذه المسألة قد مر ذكرها فى أول البيع ويتم شرطها فى القراض والغرض الآن التذكير

كالزرع حيث يشترط القطع لأن الشجرة تراد للبقاء ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ماينقصه القلع قاله الامام وهومما لاخلاف فيه وكذلك اذا باع بناء مطلقاقاله الامام وهل يدخل المغرس فى البيع فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبى حنيفة نعم لانه يستحق منفعته لاالى غاية وذلك لايكون الا على سبيل الملك ولاوجه لتملكه الا دخوله فى البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعى وغيرهما نعم لأن اسم الشجرة لايتناوله وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية كما لو أعار جداره لوضع الجذوع وكذا الوجهان في دخول الأس فى بيع البناء كما تقدم قال الامام وليس هذا كالخلاف فى استتباع الأرض أشجارها فان الفرع لايستتبع الأصل ولكنه من جهة استحقاق لامحل له الا الملك يعنى أن ذلك لايكون اجارة للتأبيد ولا عارية لعدم جواز الرجوع وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعاً تبعاً فعلى الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها

ببيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد * اذا عرفت ذلك فالمقصد الأول هو القول فى وطء المشترى من الغاصب ولا يخلو اما أن يكون محبلا أولا (الضرب الأول) الوطء الخالى عن الاحبال ونذكر أولا حكمه اذا وجد من الغاصب بعضه فنقول انه مع الجارية المغصوبة اما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطء أو عالمين أو أحدهما عالم والآخر جاهل ان كانا جاهلين فلا حد عليهما وعليه المهر للسيد وكذلك أرش الافتضاض ان كانت بكراً ثم ذكروا وجهين فى أنا نفرد أرش الافتضاض من المهر فنقول عليه مهر مثلها ثيباً وأرش الافتضاض أولا نفرد ونقول عليه مهر مثلها بكراً ورجحوا الأول لوجوبهما بسببين مختلفين وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر (فان قلت) هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا ان اختلف وجب أن يقطع بوجوب الزائد لأن بناء أمر الغاصب على التغليظ وان لم تختلف فلا فائدة للوجهين (فالجواب) أن يقال ان اختلف المقدار فالوجه ماذكرته وقد أشار اليه الامام وان لم تختلف فللوجهين فوائد تظهر من بعد * وان كانا عالمين بالتحريم فينظران كانت الجارية مكرهة فعلى الغاصب الحد والمهر خلافا لأبى حنيفة في المهر ويجب عليه أرش الافتضاض ان كانت بكراً وان كانت طائعة فعليهما الحد وفى المهر وجهان ويقال قولان (أحدهما) يجب لأن المهر حق السيد فلا يؤثر فيه رضاها كما لو أذنت فى قطع يدها (وأظهرهما) وهو المنصوص أنه لايجب لأنها زانية ساقطة الحرمة فاشبهت الحرة اذا زنت طائعة وقد روى أنه ﷺ « نهى عن مهر البغي »(١) ويجوز

---

(١) ﴿ قوله ﴾ روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لامهر لبغى قال الرافعى المشهور فى لفظ هذا الخبر أنه نهى عن مهرا لبغى لا كما فى الكتاب يعنى في الوجيز وحديث النهى عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبى مسعود *

وله أن يبيع المغرس وعلى الثانى ليس له ذلك وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة قال ابن الرفعة يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله فى الصلح ولايخرج على الجمع بين بيع واجارة لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الاصحاب ان البائع لايتمكن من القلع وغرامة الارش على مايفرغ وقال بعض الاصحاب فيما حكاه الامام فى كتاب الرهن ان له القلع وغرامة ماينقصه القلع كما يغرم المستعير فى مثال هذه الصورة وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة قال و به يتم ما أبديته تخريجا وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف فى العارية وقال ابن الرفعة يشبه أن يقال (ان قلنا) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية والا فلا يلزمه وجها واحداً والخلاف فى دخول المغرس والأس فى البيع مثله مذكور فى الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام فى كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه * ولو كانت الارض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الارض فان جهل المشترى الحال وقلنا بدخولها فى البيع لو كانت للبائع قال ابن الرفعة فيشبه أن يقال يثبت الخيار كما اذا قلنا الحمل يقابل بالثمن ثم بان أن لا حمل ولايبطل البيع لأن ذلك انما وقع تبعاً لا

أن يكون مهرها للسيد ويتأثر بضعها كما لو ارتدت قبل الدخول أو أرضعت ارضاعا مفسداً للنكاح ويجب أرش الافتضاض أن كانت بكراً اذا قلنا إنه يفرد عن المهر وان قلنا لايفرد ففى وجوب الزيادة على مهر مثلها وهي ثيب وجهان (فى وجه) لاتجب كما لو زنت الحرة طائعة وهى بكر (وفى وجه) تجب كما لو أذنت فى قطع طرف منها * وان كان أحدهما عالماً دون الآخر فان كان الغاصب عالماً فعليه الحد وأرش البكارة ان كانت بكراً والمهر وان كانت الجارية عالمة فعليها الحد دونه ويجب المهر ان كانت مكرهة وان كانت مطاوعة فعلى الخلاف * واعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب فى ضمانه ولا تقبل دعواهما الا من قريب العهد بالاسلام أو ممن نشأ فى موضع بعيد من المسلمين وقد يكون لاشتباهها عليه وظنه أنها جاريته ولا يشترط لقبول الدعوى ماذكرناه * هذا فى وطء الغاصب وأما المشترى من الغاصب فالقول فى وطئه فى حالتى العلم والجهل كما ذكرنا فى الغاصب الا أن الجهل فى حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً فلا يشترط فى دعواه الشرط السابق كما لايشترط فى الاشتباه واذا غرم المشترى المهر فسيأتى الخلاف فى رجوعه على الغاصب وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء فيه وجهان عن صاحب التقريب (وجه المنع) أن المهر بدل منفعة البضع وهى غير داخلة تحت اليد ولا مضمونة بالغصب (ووجه الثانى) وهو قضية كلام

مقصوداً وهذا اذا كان الابقاء مستحقا له بطريق باجارة أو غيرها (أما) اذا كان في أرض مغصوبة فحكى الماوردى فى كتاب الغصب فى صحته وجهين (أحدهما) لايصح لان الا[1] الابقاء وهو لايستحقه فى هذه الحالة (والثانى) يصح و يثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لايملك عند الاطلاق وانما يستحق الابقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك قال ابن الرفعة والذى تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والارض مستأجر معه ولم تنقض مدة اجارته وعلم المشترى منه ذلك فهل نقول يستحق الابقاء في بقية مدة اجارته بغير عوض كما لو كانت الارض مملوكة له ولم يدخلها فى العقد أو يستحق الاجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة فيه نظر واحتمال قال والأشبه الثانى والعمل عليه فى العرف ولو كانت الارض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للارض حتي لاتستحق عليه أجرة لافى حال حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا) لاتبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا تنتهى بموته حتى لاتنتقل المنفعة لوارثه كما هو محكي فى الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة والله أعلم * وهذه الاحكام

(١) بياض بالأصل

المعظم أن الامر اذا أفضى الى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب وأشار الامام الى جريان الوجهين سواء قلنا برجوع المشترى على الغاصب بالمهر أو بعدم الرجوع وقال (اذا قلنا) بعدم الرجوع فظاهر القياس أن لايطالب وغيره محتمل (واذا قلنا) بالرجوع فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه ويجوز أن يقال الرجوع بسبب الغرر فيختص به المغرور وطرد الخلاف فى مطالبة الغاصب بالمهر اذا وطئت بالشبهة واذا تكرر الوطء إما من الغاصب أو من المشترى من الغاصب فان كان فى حالة الجهل لم يجب الا مهر واحد لان الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه ما اذا وطىء فى النكاح الفاسد مراراً وان كان عالماً وجب المهر ككونها مستكرهة وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها فوجهان (أحدهما) الاكتفاء بمهر واحد كما فى حالة الجهل (وأصحهما) وبه أجاب صاحب الكتاب فى الصداق حيث أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر لان الواجب ههنا لاتلاف منفعة البضع فيتعدد بتعدد الاتلاف لكن قضية هذا الوجه الحكم بالتعدد فى صورة الجهل لأن الاتلاف الذى هو سبب الوجوب حاصل فلا معنى للاحالة على الشبهة وانما يحصل اعتماد الشبهة حيث لايجب المهر لولا الشبهة وذكر هذا المستدرك امام الحرمين وقال هذه لطيفة يقضى منها العجب وان وطئها مرة جاهلا ومرة عالماً وجب مهران (وقوله) فى الكتاب لزمه الحد والمهر لفظ المهر معلم - بالحاء - لأن عند أبى حنيفة لايجامع المهر الحد والمشهور من لفظ الخبر أنه نهى عن مهر البغى كما تقدم لا ما أورده فى الكتاب *

كلها جارية فى جميع الشجر لافرق بين النخل وغيره وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس فى بيع الشجر ورأى القول به فى غاية البعد من جهة أن الارض قد تكون كثيرة الشجر فتشتبك عروقها فى جميع الارض فلا يبقى للارض بياض على ظاهرها لتقارب الاشجار ولا فى بطنها لاشتباك العروق وانباتها يفضى الى أن يملك مشترى الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها وأيضا فاما أن يملكه نازلا فى طبقات الارض على مسامتة العروق وفى جهة العلو الى وجه الارض على مسامتة العروق ولا تقول إنه يملك من الأرض مايستر العروق والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق (والثانى) باطل لانه يؤدى الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس لان مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة و بيع المجهول باطل هذا أدى الى فساده تفريعه على فاسد و يلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك فى صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها فاذا ابتلت الشجرة رسقيت انتشرت عروقها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده باشهر فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الارض وكلما امتد عرق شبراً أو فتراً فى جزء من الأرض ملكه ملكا متجدداً وهذا بدع فى الشرع لايصير اليه بجعل انتهى ماقاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد * اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها

قال ﴿ أما الولد فهو رقيق لانسب له ان كان عالماً وان كان جاهلا انعقد على الحرية وضمن المشترى قيمته ورجع به على الغاصب اذ الشراء لايوجب ضمان الولد * وان انفصل الولد ميتاً فلا ضمان لأن الحياة لم تتيقن وان سقط ميتاً بجناية جان يجب الضمان لانه انفصل مضموناً وقد قدر الشارع حياته وضمانه عشر قيمة الام * وقيل فى هذه الصورة يجب أقل الامرين من عشر قيمه الام أو الغرة اذا وجب الضمان بسببها فلا يزيد عليها ﴾ *

الضرب الثاني الوطء المحبل سواء وجد من الغاصب أو من المشترى منه فينظر إن كان عالماً بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانياً وان انفصل حياً فهو مضمون على الغاصب وان انفصل ميتاً بجناية جان فبدله لسيده وان انفصل ميتاً من غير جناية ففى وجوب الضمان على الغاصب وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعاً لثبوت اليد على الأم ويحكي هذا عن الانماطى وأبى الطيب بن سلمة واختاره القفال (والثانى) المنع و به قال أبو اسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام وصاحب التهذيب لأن جنايته غير منتفية وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده ويجرى الوجهان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا وان أوجبنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيا فى ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الامام وجها آخر فى ولد الجارية أنه يضمن

وخوصها لاخلاف فى ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل وان كان مؤبراً لم يدخل للحديث الذى استدل به المصنف وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه وعلى الأول بمفهومه وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط وكذلك فهمه صاحب الانتصار ويحتمل أن يكون من مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل وكذلك جعله الغزالى فى المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر فلما جعله النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان مؤبراً للبائع دل على أن غير المؤبر للمشترى كما نقوله فى سائمة الغنم زكاة (والثاني) أن النبي ﷺ قال «من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع» فجعلها للبائع بالشرط وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها إذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط فمن قال إنها للبائع فى الحالين فقد خالف من وجهين (أحدها) أن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع إذا أبرت بهذا الشرط. ولم يجعلها هو له بهذا الشرط (الثانى) أنه أعنى المخالف جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط (والدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم إما أن يكون ذكر التأبير بينها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع

بعشر قيمة الأم تنزيلا للغاصب منزلة الجانى الذى يترتب على جنايته الاجهاض وان كان الواطىء جاهلا بالتحريم به فالولد نسيب حر للشبهة وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال ان انفصل حيا لأن التقويم قبله غير ممكن وان انفصل ميتا فاما أن ينفصل بنفسه أو بجناية (أما) على التقدير الاول فالمشهور أنه لايلزمه قيمته لانا لانتيقن جناية وأن الغاصب أتلفه ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتا حالة العلم حيث ذكرنا فى وجوب الضمان وجهين لان الرقيق يدخل تحت اليد والغصب فجعل تبعا للام فيه وفى التتمة حكاية وجه ههنا أيضا أنه تلزمه القيمة لان الظاهر الحياة (وأما) على التقدير الثانى فعلى الجانى ضمانه لأن الانفصال عقيب الضرب يغلب على الظن أنه كان حيا فمات بفعله وللمالك الضمان على الغاصب بخلاف ما إذا انفصل ميتا من غير جناية لأنه لابدل له هناك وههنا يقوم له فيقوم عليه وكان حق المالك يتعاق ببدله كما لوقتل العبد الجاني يتعلق العبد المجنى عليه ببدله ولو مات فات حقه ثم الذى يجب على الجانى الغرة والذي يجب للمالك عشر قيمة الأم لان الجنين الرقيق به يضمن فان كانت قيمة الغرة وعشر قيمة الام سواء ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الام وان كانت قيمة الام أكثر فكذلك والزيادة تستقر له بحق الارث وان نقصت الغرة عن العشر فوجهان (أظهرهما) أنه يضمن للمالك تمام العشر لانه لما انفصل متقوما كان بمثابة ما لو انفصل حيا ولان بدله انما يقصر عن العشر بسبب الحرية الحاصلة بظنه (والثانى) لايجوز الا قدر

وأما

و إما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع لا سبيل الى الأول لأن المؤبر بائن ظاهر وغير المؤبر كامن مستتر وما كان مستتراً فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال موجود في الأم فانه قال لأن رسول الله ﷺ اذا حد قال «إذا أبر فثمره للبائع» فقد أخبرنا بان حكمه اذا لم يؤبر غير حكمه اذا أبر ولا يكون مافيه الا للبائع أو للمشتري لالغيرها ولا موقوفا فمن باع حائطاً لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا موجوداً بالسنة وقال قريبا من ذلك في الاملاء أيضاً وقال في المختصر إذا جعل رسول الله ﷺ الابار حدُ الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعي في الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط بل أنه يدل عليه باللفظ و به صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطاً والمخالف يقول إنه ليس بشرط فهذا الذي أرادوه والله أعلم وهو بهذا التقدير صحيح ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط و يمكن أن ينزل كلام المصنف على ماذكروه وأن ذلك ليس من باب المفهوم (وأما) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به في كل شرط أو صفة لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفي الحكم عما عداه انتفاء ظاهراً ومنهم من يجعل المفهوم مستنداً إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص فالوجه الأول ماش على الطريقة الأولى ولذلك نسب الدلالة إلى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكيته يشعر بذلك لكن الأنباري في شرح البرهان نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني والوجه الثاني مستمر على الطريقة الثانية (وأما) الثاني فقد نبهت على مراد الأصحاب به وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من

الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الامرين من العشر والغرة ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقرمه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وان انفصل ميتا بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لان ماوجد منه بسبب الضمان الا أنه لا يستحق على نفسه شيئاً ولو أحبل الغاصب الجارية ومات وخلف أباه ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية جان فالغرة تكون لجد الجنين وعن القاضي أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حياً وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه و ينظر الى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان فرأى الامام اثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما الى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك و يستبعد في

مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة • واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون فقال بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب إلى مالك وممن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا وقال ابن سريج بمفهوم الشرط (وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفيه في الاصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معاً فكيف يمكنه التمسك في هذا الفرع به لكن الخصم في الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج إلى قياس ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشترى تبعاً للشجرة وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود (فان قلت) بل يجب كونها للبائع عملا بالاصل و بقائها على ملكه (قلت) لابد في إدراجها في البيع من قياس أوعرف عند من ينكر القياس واعتضد الاصحاب بما رواه الشافعي رضي الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله ﷺ حائطاً مثمراً ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى بالثمر للذى لقح النخل - البائع - وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الاول بكثير فان قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم وحينئذ يعود إلى أن ذكر الصفة هل يدل على نفي الحكم عما عداه هذا بحسب هذه الرواية ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في مسنده عن عبادة بن الصامت قال «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وان مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع» فاما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى وقال ابن معين ليس بثقة فالحديث نسبه ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضي أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعي رضي الله عنه ولفظه «فجمل الثمر لمن

الثاني تضمين من لم يغصب ولا تفرعت يده على يد الغاصب وذكر في التتمة أن الغرة تجب مؤجلة فانما يغرم الغاصب عشر قيمة الام اذا أخذ الغرة وللامام توقف فيه هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته وفيه طريقة أخرى أنه لاينظر الى عشر قيمة الام ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حياً وينظر اليه والى الغرة على التفصيل الذى بيناه وأشار في الوسيط الى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لاتتقدر لان عشر قيمة الام نوع مقدر لكنه ليس بواضح فان الخلاف في أن البدل يتقدر أولا يتقدر في أطراف العبد والفائت ههنا جملته وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الامام لكنه قال الطريقة ملتفتة الى الخلاف في أن مايتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب

أبرها» وقال ذكر هذا الحديث أبو اسحق فى الشرح وأبو علي الطبرى فى المحرر ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال وهذا نص وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة إلا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع فالاولى أن يستدل برواية مسلم وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك (١) وقال الماوردى روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له

جذذت جني نخلتي ظالما * وكان الثمار لمن قد أبرا

فقال النبي صلى الله عليه وسلم وكان الثمار لمن قد أبر » وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى * وهو سر غالب لمن غلب *

فقال النبي صلى الله عليه وسلم * وهو سر غالب لمن غلب *

تثبيتاً لهذا القول وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لأنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ماتقدم وله تتمة تأتى فى فرع بمذاهب العلماء والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ فى مذاهب العلماء * وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ماقبل المأبير و بعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبرى وقال ابن أبى ليلى يدخل الطلع فى بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعى لايدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر الا بالشرط فاخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معاً ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فاشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم (وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء مالا يكون أصلا (وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال (واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة

(١) بياض بالاصل

بآفة سماوية أو بجناية غير الغاصب يعتبر فى حقه بدله المقدر فى حق الجانى أم ينظر الى قدر النقصان بايجاب العشر فى قيمة الام ايجاب المقدر الواجب على الجناية وعن بعض الأصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الامرين من قيمة الولد والغرة وضعفه من نقله لان الغرة ان كانت أكثر فثبوت الزيادة بسبب الحرية فكيف يستحقها المالك ومن العجب أن صاحب التهذيب أجاب بهذا الوجه فى المشترى من الغاصب وجوابه فى الغاصب ماتقدم ودعوى الجهل فى هذا الضرب كدعواه فى الضرب الاول وروى المسعودى خلافا فى قبولها لحرية الولد وان قبلت لدفع الحد كما رواه فى استيلاد المرتهن ويجب فى حالتي العلم والجهل أرش نقصان الجارية وان نقصت بالولادة فان

برزت عن شجرها و بانها يجوز إفرادها بالعقد فلم تتبع الاصل كالمؤبرة و بالقياس على طلع الفحال و بأنها نماء لهاحال إذا انتهت اليه أخذت فلم تتبع الاصل كالزرع فى الأرض وبان الزرع لايتبع الأرض فى حالة ظهوره ولا فى حالة كمونه فكذلك الطلع و بأنه لايختلف قول من شرط التأبير أنها إذا لم تؤبر حتي انتهت وصارت بلحاً أو بسراً ثم بيع النخل أن الثمرة لاتدخل فيه قالوا فعلمنا أن المعنى فى ذكر التأبير ظهور الثمرة و بان الطلع لايتبع فى الرهن فكذلك فى البيع كالمؤبرة (وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث عن الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فانها فى غلافها (وعن) الثانى بأنا لانسلم جواز إفرادها بالعقد على رأى أبى إسحق المروزى لأن المقصود مغيب فيما لايدخر فيه فهو بمنزلة الجوز فى القشره العليا ولئن سلمنا لجواز الافراد لايدل على عدم التبعية ألا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة فى البيع تبعا و يجوز افرادها بالبيع (وعن) الثالث بان الصحيح عندنا ان طلع الفحال كطلع الاناث ولوسلم فالفرق ان طلع الاناث المقصود منه مافى جوفه وطلع الفحال هوالمقصود على وجهه (وعن الرابع) بان الزرع نماء برز عن الاصل بخلاف الثمرة (وعن الخامس) بان الزرع ليس من أصل الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فانها مستترة فى الشجرة من أصل الخلقة (والجواب) عن السادس انها قبل التشقق غير ظاهرة لان الثمرة المقصودة مستترة فى الكمام فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره كانت للبائع فمن جعلها البائع من غير تأبير ولاظهور كان مخالفا لانظ الحديث ومعناه (وعن السابع) من وجوه (أحدها) ان الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم يدخل الطلع فى الرهن تبعا للاصل (والثانى) ان الرهن لايزيل الملك والبيع يزيل الملك (والثالث) ان المعني فى المؤبرة انها أخذت شبها من الولد المنفصل وشبها من الجنين فتعارضا و بقيت على حكم الاصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة (تتمة) استدلال الاصحاب وقول المصنف رحمه الله ولان ثمرة النخل كالحمل الى آخره هومن كلام القاضى

تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهى حبلى فماتت فى يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله القطان فى المطارحات أنه لاشيء عليه فى صورة العلم لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان فى صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب الضمان فى هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية الغير امابالشبهة أو بالزنا وفى كونه سببا للضمان ماقدمناه فى المرتهن (والثانى) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك سبب الضمان وان وجد أثره بعد الرد الى المالك كما لو جنى المغصوب عند الغاصب فرده ثم بيع فى يد المالك وأطلق صاحب التتمة القول بوجوب الضمان للمأخذ الثانى (وقوله) فى الكتاب و يضمن المشترى قيمته

أبي الطيب وانلك الاصحاب قاسوه على الحمل ـ الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهم وتقدمت الاحترازات التى فيه لـكن الشافعي رضى الله عنه في الام فى هذا الموضع قال وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين فى ان لها حصة من الثمن لانه ظاهر وليست للجنين لانه غير ظاهر ولولا ماجاء عن رسول الله ﷺ فى ذلك لما كان الثمر مثل الجنين فى بطن أمه لانه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره و يكون ذلك مباحا منه والجنين لايقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لاحد اخراجه وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا فى بعض حكمهما بان السنة جاءت فى الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين فى الاجماع فجمعنا بينهما خبراً لا قياسا اذ وجدنا حكم السنة فى الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع فى جنين الامة وانما مثلنا فيه تمثيلا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى ان يقاس على شيء بل الاشياء تـكون له تبعا هذا كلام الشافعي رضى الله عنه وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد فى ذلك على الحديث وحده وكما دل الاجماع فى الحمل على الفرق بين قبل ظهوره وما بعده كذلك دلت السنـة فى الثمرة على الفرق بين ماقبل التأبير وما بعده وكلام الشافعي فى هذا الموضع صريح في ان الحمل لايقابله قسط من الثمن على غير الاصح عند الاصحاب والاصحاب ذكروا فى ان الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقين (إحداهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعى (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهى ضعيفة لمخالفتها النص و رجحها الرافعى فى باب الرد بالعيب وقصد الشافعى رضي الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل والاصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا إلى هذا الفرق وذكروا اعتراضات على

ويرجع بها على الغاصب اذ الشراء لايوجب ضمان الولد والـكلام فى الرجوع أخرناه إلى الفصـل التالى لهذا الفصل وقد كرره هناك وفى ذكره هناك غنية عن الذكر ههنا (وقوله) فلا ضمان لان الجناية لاتتيقن معـلم ـ بالواو ـ ويجوز أعلام قوله وضمان عشر قيمة الام ـ بالحاء ـ لـما سيأتى فى موضعه *

﴿ فرع ﴾ فى ذخيرة البندنيجى لو وطىء الغاصب باذن المالك فحيث لايجب المهر لو لم يأذن فههنا أولى وحيث نوجبه فقولان محافظة على حرمة البضع وفى قيمة الولد طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف فى المهر (والثانى) القطع بالوجوب لأنه لم يصرح بالاذن فى الاحبال *

قال ﴿ ويضمن المشترى (ح) أجرة المنفعة التى فاتت تحت يده ومهر المثل عند الوطء وقيمة انعقاده حراً ويرجع بكل ذلك علي الغاصب مهما كان جاهلاً ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع * وكذا المتزوج من الغاصب لايرجع بالمهر وهل يرجع المشترى بقيمة منفعة استوفاها فيه قولا

القياس وانفصلوا عنها (اما) الاعتراضات فان المغني فى الحمل لايجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد علي رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة وهذا قريب مما قاله الشافعي رضى الله عنه وليس إياه و بأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشترى وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل و بأنه لايجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز إفرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وإنما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الام فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها (وعن الثانى) بأنها إذا كانت كامنة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لاأصل لها غيره فأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبها من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم وليس أحدهما أولى من الآخر فتعارضا ويقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت (وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك إذا لم يستثن دخلت فى البيع ﴿فائدة﴾ كلام الشافعى رحمه الله المتقدم كالصريح فى إفادة الاجماع على دخول الحمل فى بيع

الغرور ولو بنى فقلع بناءه فالاولى أن يرجع بأرش النقص ولو تعيب فى يده نص الشافعى أنه يرجع (ز) لان العقد لايوجب ضمان الأجزاء بخلاف الجملة وكذا اذا تعيب قبل القبض لم يكن للمشترى الارش ولو اشترى عبداً لجارية ورد الجارية بعيب و بالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته وليس له طلب الارش مع العبد ولذلك فرق بين الجزء والجملة ﴾

الفصل الثانى الكلام فيما يرجع به المشترى على الغاصب إذا غرم ومالا يرجع وسنبين فى خلاله مايغرمه ومالا يغرمه وفى سائر الأيدى المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما فى الكتاب منها غير مبالين بما يحتاج اليه من تغيير نظمه ونضيف اليها مايتفق (الاولى) إذا تلفت العين المغصوبة عند المشترى ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ولا يضمن الزيادة التى كانت فى يد الغاصب إن كانت فى يده أكثر قيمة ولايرجع بما يضمنه عالماً كان أوجاهلا لأن الشراء عقد ضمان وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وان كان الشراء صحيحاً ولك أن تقول إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهذا مسلم لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة ومعلوم أنه لولم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شىء بالتلف فكان الغاصب مغرراً موقعاً إياه فى خطر الضمان فليرجع عليه وان كان المراد غيره فلم قلتم أن الشراء عقد ضمان على تفسير آخر وربما انساق هذا الاشكال إلى ماحكى عن صاحب التقريب أنه يرجع من الغروم بما

الأم وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره أنهم أجازوا بيع الأمة واستثناء مافى بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للإجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهرى قال عن أصحابهم ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك مايجب التسليم له فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف اذا أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم فى المسألة اجماعا ومحل الجزم فى دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره قال ابن الرفعة وفى معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفى معني ذلك ولى المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس وهل الاستتباع فى هذا لأجل رضاه بانتقال الملك فى الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهراً أولأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام فى باب الخراج بالضمان (منها) لو وهبها حيث لاثواب وهى حامل لايتبعها الحمل الجديد كماقال لا والقديم أنه يتبعها كما فى البيع ومثلهما جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه فى المسألتين راض بخروج الملك فى الأولى و بتعلق الحق فى الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضاً فيما لو رهنها حائلا فحملت (ومنها) لو خرجت عن ملكه

زاد على قدر الثمن سواء اشتراه رخيصاً فى الابتداء أو زادت القيمة بعد الشراء وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر (الثانية) تعيب المغصوب عند المشترى بعمى أو شلل أو نحوها ينظر ان كان بفعل المشترى فيستقر ضمانه عليه وكذا لو أتلف الكل وان كان بآفة سماوية فقولان (أحدهما) عن تخريج المزني وغيره أنه لايرجع علي الغاصب بضمانه كما لايرجع بالقيمة عند هلاك الكل تسوية بين الجملة والأجزاء و بهذا أجاب العراقيون بل أكثر الأصحاب (والثانى) و ينسب إلى نص الشافعي رضى الله عنه أنه يرجع وقرره ابن سريج بأن العقد يوجب ضمان الجملة ولايوجب ضمان الأجزاء على الانفراد واحتج عليه بصورتين (إحداهما) أنه لوتعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشترى أن يجيز العقد و يطالبه بجزء من الثمن بل اما أن يفسخ أو يجيز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن (والثانية) لواشتري عبداً بجارية وتقابضا ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً فردها وقد تلف العبد فانه يأخذ قيمته ولولم يتلف وتعيب بعيب حادث لم يكن له طلب الأرش مع العبد بل يقنع به أو يأخذ القيمة ٭واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناهما في فصل الرد بالعيب فلنا صر القول الأول أن يمنع ويقول له استرداد العبد وطلب أرش النقصان واليه ميل الامام (وأما) الصورة الاولى فان المبيع فى يد البائع غير مضمون بالقيمة بل بالثمن فاذا تلف سقط الثمن واذا تعيب أمكن رده واسترداد جملة الثمن فلا يمكن من طلب الأرش الذى هو تغيير العقد وحط من الثمن وانما يصار اليه عند الضرورة

بعوض لكن لا برضاه كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بائعها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل قولان (قلت) قضية المأخذين أن الاب لو رجع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولا واحداً لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقد حكى الامام فى التبعية قولين قال الامام والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسراً وما يجرى من الارتداد فهذا ليس فى حكم العقود فجرى الأمر فى التبعية على التردد قال ابن الرفعة وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم فى الرد بالعيب ونحوه ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمتنع منه كما لم يمنع منه افضاؤه فى التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل فى البيع وهل يصح البيع قال ابن الرفعة يشبه أن يترتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فههنا أولي والا فوجهان قال القاضى حسين فى كتاب أمهات الاولاد قال اذا كان متزوجاً بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشترى الجارية علي وجه

فلهذا المعنى لم يثبت الارش (الثالثة) منافع المغصوب يضمنها المشترى للمالك باجرة مثلها وهل يرجع علي الغاصب (أما) ما استوفاه بالسكون والركوب واللبس ففيه قولان وكذا فى الرجوع بالمهر اذا غرمه بالوطء (أحدهما) يرجع لأن الغاصب قد غره ولم يشرع على أن يضمن المهر والاجرة (وأصحهما) وهو قوله الجديد و به قال أبو حنيفة أنه لا يرجع لأن نفعه عاد اليه ولأنه أتلف المنفعة وحوالة الضمان على مباشر الاتلاف أولى وأجرى الخلاف فى أرش الافتضاض ان كانت بكراً وعدم الرجوع به أظهر لانه بدل جزء منها أتلفه فاشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها وفى التهذيب أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر أم لا ان أفرده لم يرجع به والا رجع (وأما) المنافع التى فاتت تحت يده ولم تستوفها (فان قلنا) يرجع بضمان ما استوفاه فضمانها أولى (وان قلنا) لا يرجع هناك فوجهان (أصحهما) الرجوع أيضاً لانه لم يتلف ولا شرع فى العقد على أن يضمنها (والثانى) لا يرجع تنزيلا للتلف تحت يده منزلة الاتلاف (الرابعة) اذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حراً رجع به علي الغاصب لأنه شرع فى العقد على أن يسلم الولد حراً من غير غرامة ولم يصدر منه تفويت وعن الاستاذ أبي اسحق الاسفراييني طريقة أخرى فى شرح الفروع أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر لان نفع حرية الولد تعود اليه (والمشهور) الاول وأرش نقصان الولادة قطع العراقيون بأنه يرجع به وعن غيرهم خلاف قال الامام وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية فيجيء فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق ولو وهب الجارية المغصوبة فاستولدها المتهب جاهلا بالحال وغرمه قيمة الولد ففى الرجوع بها وجهان (وجه) الفرق أن الواهب

يعني لأنه صار جداً قال ولا خلاف أنه لايجوز بيعها من غيره ومثل الوجه في بيعها منه إذا أوصى له بحملها مذكور فيما إذا باعها من مالك الحمل والله أعلم ﴿ قاعدة ﴾ العقود التي يملك بها النخل والثمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق والخلع والاجارة كما إذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولاتتبعها المؤبرة (الضرب الثاني) ماملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخلا فاطلعت في يد المشترى ثم أفلس فرجع البائع في عين ماله فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له فيه وجهان (أصحهما) عند الروياني التبعية وكما اذا رهن نخلا فأطلعت نخل الدين والطلع لم يؤبر فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع في البيع أم لا فيه وجهان وقطع الروياني هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن وقد أطلقوا على هذين القسمين أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضاة وقد يتوقف في اطلاق العقد على الرجوع في الفلس والأمر في ذلك قريب ومن عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع عليه وحكي الجرجاني الوجهين أيضاً في بيع نخيل المفلس في دينه (الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له على وجهين ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل على وجهين (الصحيح) من المذهب ماقال الماوردي هنا أن الوالد لايسترجع الثمرة وعد هذا القسم أيضاً من هذا الضرب اعتباراً بالعقد المبني عليه كما تقدم وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين قال الشيخ أبو حامد وغيره أصلها مسألة واحدة وهي اذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر هل يدخل في الرهن باطلاق العقد أم على قولين قال القاضي أبو الطيب قال في الجديد لايدخل لأن الرهن لايزيل الملك وكان يقول في القديم يدخل على طريق البيع ثم رجع عنه في الجديد (الضرب الرابع) مالم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذاً علي وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول اذا استرجع به نصف المهر وكان قد أصدقها نخلا لاطلع عليها ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول فههنا لاتتبع الثمرة الشجرة ولاترجع الى الزوج قولا واحداً قال الماوردي لايختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد انه ليس لنا موضع لايتبع الطلع قبل الابار الأصل الا في هذه المسألة يعني قولا واحداً وتعليله أن الصداق اذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لايرجع به وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فاذا لم يرجع بالزيادة التي لاتتميز فلأن لايرجع

متبرع والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة (الخامسة) إذا بني المشترى أو غرس في الارض المغصوبة فجاء المالك ونقض بناءه وغرسه هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب فيه وجهان (أحدهما)

بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك و يترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجمل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه علي الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال وفى الحاوى وعلى هذا الوالد لايسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولا واحداً لأنه لامعاوضة ولا تراض *

﴿ فرع ﴾ قال صاحب التلخيص فى ماشذ عن أصول الكوفيين يعنى الحنفية أنهان رهن أرضاً أو أقر بها دخلت الثمار يعنى عندهم وهذا يرد عليهم فى كونهم يقولون لايدخل فى البيع ولا فى غيره الا فى هاتين المسألتين *

﴿ فرع ﴾ وأما قول المصنف رحمه الله قال الشافعي رحمه الله وما تشقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر فهو كذلك فى الأم والمختصر وان لم يكن بلفظه والقياس الجلى ظاهر فى ذلك لأن الاعتبار بظهور الثمرة فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح وهو أن يكون لفحول النخل فى ناحية الصبا فتهب فى وقت الابار فان الابار تتأثر بروائح طلع الفحول قال الشيخ أبو حامد بل ظهورها بنفسها أولى قال الشافعى رحمة الله عليه فى البويطي الابار فى النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار أبر أو لم يؤبر قال الماوردى وقد يكون من أنواع النخل مايكون ترك تلقيحه أصح للثمرة ومن كلام الشافعى والبويطى المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال فى الأناث بعد تشققها لالنفس التشقق ولا التشقق وهو معني قول الأصحاب ان وقت التأبير قائم مقام التأبير وان وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط فى سلامة ذلك للبائع والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق لا بوضع طلع الفحال فيها فيكون ذكر التأبير غالباً والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد و يشقق و يفعل ذلك به وقال ابن الرفعة بما معناه انا إنما اتبعنا المعنى هنا ولم نتبع اللفظ ولا أجرينا فيه خلافا لأن المعني قوى باصل بقاء ملك البائع ولايعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالاعراض فنجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم وقال ابن عبد البر فى التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إناثه فاخر إباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ان حكمه حكم ما أبر لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغيبها فى الخف وماذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جموداً عجيباً فقال لايجوز فى ثمرة النخل

لا كما لايرجع بما انفق على العمارة وكأنه بالبناء متلف ماله (وأظهرهما) نعم لشروعه فى العقد على ظن السلامة وانما جاءه هذا الضرر من تغرير الغاصب وهذا ماذكره العراقيون وقد ذكرنا طرفا من المسألة

إلا الاشتراط فقط (وأما) البيع فلا حتى يصير زهواً فاذا هو صار زهواً جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم إلا فى النخل المأبور خاصة ولم يطرده فى غير النخل من الشجر ولافى النخلة الواحدة والنخلتين وهذا جمود عجيب ينكره الفهم وعدم طرده إياه فى النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ولمخالفيه أن يقولوا انه اسم جنس فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى (أعجاز نخل منقعر) واذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ماءؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهم بخلاف الرطب فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس والنخل من هذا القبيل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ دل الحديث على ان الثمرة المؤبرة للبائع الا ان يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أوشيئاً منها كالنصف والثلث وأى جزء كان معلوما فلاتكون كلها للبائع بل على حسب الشرط والعموم فى الاول مأخوذ من الاضافة من قوله فثمرتها والاطلاق فى الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه فى لفظ الحديث و به يقول جمهور العلماء ومنهم اشهب من المالكية وقال مالك وابن القاسم لايجوز ان يشرط بعضها وكذلك قال مالك وداود وفى مال العبد لايجوز الا ان يشترطه كله اويدعه كله *

﴿ فرع ﴾ هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أولا قدتقدم كلام الشافعى انه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على ان حكمه حكم البيع عنده ومشهور مذهب مالك ان الثمرة اذا اشترطها مشترى الاصل أو اشتراها بعد أنها لاحصة لها من الثمن ولوأجيحت كلها كانت من المشترى وتمسك ابن حزم فى ان هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى وحمل هذا على عمومه والقائلون بان الاشتراط بيع يحتاجون الى تخصيص هذا الحديث اوتأويله على بيعها وحدها *

﴿ فرع ﴾ قال أصحابنا يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع وقال أبوحنيفة رضى الله عنه لايحصل الابعد قطع الثمار وممن صرح بهذا الفرع القاضى حسين وفرقوا بينها و بين الارض المشغولة بالزرع على وجه بان منفعة الشجرة تافهة *

﴿ فرع ﴾ فاماغير المؤبرة فقدعلم انها عندالاطلاق تكون للمشترى فلواشترطها البائع فلاخلاف فى الجواز وان اختلفوافى جواز افرادها فى البيع فان ذلك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح قال القاضى ابو الطيب قال فى كتاب الصرف فذلك جائز لان صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة فى نخله

فى الضمان وذكر فى التهذيب أن القياس أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العمارة وما أدى من خراج الارض لانه شرع فى الشراء على أن يضمنها (السادسة) لو زوج الغاصب الجارية المغصوبة

حين باعها اياه اذا كان استثناها على ان يقطعها فان استثني علي ان يقرها فلاخير فى البيع لانه باعه ثمرة لم يبدصلاحها على ان تكون مفردة الى وقت قد تاتى عليها الآفة قبله قال القاضى أبو الطيب وهذا الكلام يقتضى ان من باع نخلا قبل التأبير واستثني الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا لانه يجوزان يشترط مطلقا وانما شرط القطع فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (قلت) قد قال به بعض الاصحاب تخريجا على ان المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل فان الثمرة بالبيع قد أشرفت علي زوالها عن البائع و بالاستثناء كأنها رجعت اليه فاشبهت الداخلة فى ملكه ابتداء فلذلك شرط شرط قلعها والوجهان مشهوران فى طريقة المراوزة حكاهما القاضي حسين وغيره وجعلوا هذه قاعدة ان ماأشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل وخرجوا على ذلك مسائل (منها) اذا باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح كالو باعها ثم استأجرها اولا يصح فيه الوجهان فان قلنا هناك يصح فههنا يجب القطع فى الحال وان قلنا هناك لايصح فههنا يصح ولكن لا يجب القطع فى الحال هكذا قال القاضي حسين (ومنها) اذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته ثم مات السيد ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق وفي الولاء قولان (ان قلنا) المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة والا فللمتوفى ومنهم من يؤول نص الشافعي علي ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشترى الطلع فانه يجوز بشرط القطع هكذا قال القاضي حسين وغيره وممن جزم بظاهر النص الماوردى على ماحكى الروياني عنه لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك وان مانقل عن كتاب الصرف خطأ فى النقل لان حرملة نقل اذا كان اشتراها على ان يقطعها فان اشتراها على ان يقرها فلاخير فى البيع فوقع الخطأ فى النقل من قوله اشترى الى قوله استثني ووافقهم القفال علي هذا والقاضى حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص وحمله تأويله انه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الاصول والثمرة للمشترى ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع ولكنا نعود الى الكلام فى ذلك عند بيع الثمار (واما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك نعم قد يقال اذا كان مقتضاه ان يكون للمشترى فينبغى اذا شرطت للبائع لايصح كالحمل كما لا يصح استثناؤه لايصح ههنا فاوجه جزم الاصحاب بصحته ونظرهم بعد ذلك فى انه هل يشترط شرط القطع أم لا (والجواب) عن هذا انها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم وقد تقدم خلاف فى جواز افرادها بالبيع فان قلنا به فلا اشكال فى جواز استثنائها وان قلنا بقول ابي اسحق المروزى وهو انه لايجوز افرادها بالبيع فذلك لان المقصود فيها مغيب ولا يلزم من ذلك ان لا يجوز استثناؤها فانه لا يشترط فى المستثني مايشترط فى المبيع وقال المالكية ان شرطها البائع لم يجز وكان المشترى باعها قبل بدو صلاحها *

فوطئها الزوج جاهلا غرم مهر المثل للمالك ولا يرجع به على الغاصب لانه شرع فيه على أن يضمن

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا بانه اذا استثني الثمرة يشترط شرط القطع فاطلق قال الامام دل كلام الأئمة ان الاستثناء باطل والثمرة للمشترى قال وهذا مشكل جدا وان صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثنائه محال عندى فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد فى الاشجار ويكون كاستثناء الحمل وهذا الذى ذكره الامام هو الذى جزم به الماوردى وانه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردى أيضا تفريعا عليه انه لو استثني نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع *

﴿ فرع ﴾ اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام فان لم نشترط التقييد يعني شرط القطع رأينا الابقاء وان شرطنا اوجبنا الوفاء ولا خلاف ان الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط فى صحة بيعها اذا افردت شرط قطعها (قلت) لانها لم تشرف على الزوال فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها بخلاف ماقبل التأبير وكيف ماقدر فظاهر المذهب انه لا يشترط فى الاستثناء شرط القطع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى انه لو استثني البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع به وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والاصح) خلافه وقد تقدم الكلام فيه قريباً (والثانى) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة وسيأتى الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة شائعاً قبل بدو الصلاح والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشترى فلو تلفت فى يد البائع قبل القبض ثبت للمشترى الخيار ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض وان شاء أجاز فى الاصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين فى تفريق الصفقة وليس كما إذا قطعت يد العبد فانه إن أجاز يجيز بجميع الثمن قولا واحداً على المشهور لأن الثمن لا يتقسط على الاطراف ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعى رضى الله عنه وممن صرح بهذه المسألة القاضي أبو الطيب والمحاملي والرويانى وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشترى لنفسه ثم تلفت وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن وعن القاضى أبي حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعى رضي الله عنه ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين فى أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن وهو مردود لنص الشافعى رضى الله عنه على خلافه *

المهر ويخالف ما اذا غر بحرية أمة وغرم المهر حيث يرجع على الغار على أحد القولين لان النكاح ثم صحيح والبضع مملوك له فاذا فسخ اقتضى الفسخ استرداد مابذل له وههنا النكاح باطل وانما غرم لاتلافه

﴿ فرع ﴾ باع نخلة مطلعة ولم يقل المشترى انها مؤبرة ولم يعلم المشترى بتأبيرها ثم علم كان الخيار قاله الشافعى رضى الله عنه والأصحاب ـ القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى ـ وعللوه بأن له بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى فان من الاشجار مايحمل سنة ولا يحمل سنة أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة وأيضاً فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه وربما يتأذى به قال ابن الرفعة ولا يقدح ذلك فى البيع قولاً واحداً وان قدح فى الزرع على وجه لان هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض *

﴿ فرع ﴾ بيع الطلع فى قشره مفرداً مقطوعا على الأرض أو على النخل بشرط القطع فيه وجهان (قال) أبواسحق لايصح لان المقصود من الطلع مافى نفسه وهو مستور ربما لامصلحة له فيه (وقال) ابن أبي هريرة يصح لأن الجميع مأكول والمأكول اذا استتر بعضه ببعض جاز بيعه والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنـه والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والماوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى وقال الامام إن معظم الاصحاب ذهبوا اليه وان صاحب التقريب حكى فيه قولين و بناهما على بيع الحنطة فى سنبلها ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبى اسحق ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما وهو ظاهر والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن وقت التأبير لايكون لوجود التأبير قال صاحب التتمة كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة وسيأتى فى كلام الامام ماقد يتوهم منه خلاف ذلك ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشترى وان شـقق فى أوانه فهو للبائع وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع إقامة لوقت التشقق مقام التشقق أولا فيه نظر واحتمال (قلت) وهذا الاحتمال باطل والحـكم كما مر مع الظهور وجوداً وعدماً *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فجرم الـكمام للمشترى فانه يترك على النخلة نقله عنه فى النهاية وجزم به فى الروضة نقلا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة *

منفعة البضع حتى لو كان المغرور ممن لايحل له نكاح الأمة لم يثبت له الرجوع بالمهر لبطلان النكاح ولو استخدمها الزوج وغرم الاجرة لم يرجع على الغاصب لانه لم يسلطه على الاستخدام بخلاف الوطء ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده لانه ما استوفاها ولاشرع على أنه يضمنها والقول فى قيمتها لوتلفت

﴿ فرع ﴾ باع نخلة لم يخرج طلعها فانه يخرج طلعها علي ملك المشتري فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي *

﴿ فرع ﴾ لوشرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأكيداً ولك ان تقول يصير كشرط الحمل اذا صرح به وفيه خلاف وسيأتي نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح قالوا فيها يصح وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لان المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولا واحدا ولكن يشترط فيه شرط القطع وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل فاذا صرح بدخولها كان كما لوصرح بدخول الحمل وفيه خلاف (والاصح) عند الرافعي بطلانه والله أعلم *

﴿ فرعان ﴾ ذكرهما ابو العباس بن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنه (احدهما) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع فالثمرة للمشتري ولا يكون شيء من الثمن مقابلا لها وهي امانة في يد البائع فان سلمها استقر البيع في النخلة وخرجت الثمرة من امانته وان تلفتا انفسخ البيع في النخلة وعليه رد ثمنها ولا شيء عليه لأجل الثمرة وان تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري وأخذ الثمرة ولا شيء للبائع (الثاني) اشترى أرضا عليها نخيل مؤبرة واشترط كل ذلك وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل ان يتسلمها فالثمرة الحادثة في ملك المشتري فان أكل البائع الثمرتين جميعا كان عاصيا فيهما وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان اكلها رطبا فثمنه وان كان اكلها تمراً فمثله واما الخارجة فالمشتري بالخيار لاجلها فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن وان اجاز فعلى القولين في جناية البائع (ان قلنا) كالآفة السماوية اجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا) كالاجنبي اعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ الغزالي رحمه الله تعالى في المستصفى من المنكرين لهذا المفهوم ولكنه في كتبه الخلافية كالتحصين بالغ في اثبات ذلك وتقريره وان عرف العرب في الاستعمال افهم اموراتكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع وان الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الاصلي فيه انما كان قبل التخصيص أما بعد التخصيص ارتفع

في يده قد تقدم فان غرمها رجع بها قال الأئمة والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على يد الغاصب عن جهل ان شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به وان شرع على أنه لا يضمنه فان لم يستوف مايقابله رجع به وان استوفاه ففيه قولان وعلى هذا فلو كان المغصوب شاة فنتجت في يد المشتري أو شجرة فأثمرت فأكل فائدتها وغرمها للمالك في الرجوع بما غرم الغاصب قولان

الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع والسر فى الفرق بين هذه المفهومات و بين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الايجاز ومعني التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجلة والجملة إما أن تتمثل فى الذكر بقوله من باع نخلة فانها تتناول المؤبر وغير المؤبر فاذا استدرك وقال بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصاً وقطعاً عن جملة واما أن تتمثل فى الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكراً للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله الثيب أحق فانه قطع عن البكر إذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم والعلف أيضاً كذلك مع إثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة واليوم فى قوله (وأتموا الصيام إلى الليل) والتأبير نفي البكارة والعلف والليل والاستتار وليس فى إثبات البر نفي الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أولا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم إلى الذكر القاصر فاما مجرد الذكر فلا يدل والتخصيص دليل بالوضع العرفي فلا يخرج عن كونه دليلا إلا بقرينة فليدرك التفاوت بين الرتبتين وهذا الذى ذكره الغزالى رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين فيعلم بهذا الكلام السبب فى ذلك (أما) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال فهو جدير بأن لايكلم ومراده بالعرف عرف المحاورة فى كلام العرب لاعرف طارئ بعدهم وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله (فان خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ومفهوم قوله ﷺ «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذنها فنكاحها باطل» (أما) الأول فلأن الخلع لايتفق إلا فى حالة الشقاق ويستحيل بحكم العادة وقوعه فى حالة المصافاة وما لايقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ولم يقطع البعض عن البعض وذكر اللحوق ذكره لمحل الحاجة إلى البيان وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة إما أن تفوض أمرها للولى لحيائها أو تستقل لزوال حيائها (أما) المباشرة باذن الولى فلا تقع فى العادة فلم يكن من محال البيان فى غرضه والله أعلم *

كالمهر وان هلكت تحت يده فالحكم كما فى المنافع التي لم يستوفها ذكره فى التتمة وكذا القول فى الاكساب وان انفصل الولد ميتاً فالظاهر أنه لاضمان وكذا اذا انفصل ميتاً فى يد الغاصب ولو استرضع المشترى الجارية فى ولده أو ولد غيره غرم أجرة مثلها وفى الرجوع قولان كالمهر ويغرم المشترى اللبن وان انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك كما لو غصب علفاً وأعلف به بهيمة مالكه لكن قال صاحب التهذيب وجب أن يرجع به على الغاصب لأنه لم يشرع فيه على أنه يضمنه ولا عاد نفعه اليه ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ولم يرجع بها علي الغاصب لأنه شرع فيه على

﴿ فائدة ﴾

﴿فائدة أخرى﴾ فى التأثير عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال « أبصر النبى صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال ما للناس قالوا يلقحون فقال لا لقاح أولا أدرى اللقاح شيئاً فقال فتركوا اللقاح فخرج تمر الناس شيصاً فقال النبى صلي الله عليه وسلم ماشأنه قالوا كنت نهيت عن اللقاح فقال ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمى هذا الحديث فى كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهى عن اللقاح ثم الاذن فيه ونقل عن بعضهم أن قوله لا لقاح صيغة تدل على النهى وأن للشارع أن يتحكم فى أفعال العباد كيف أراد ولهذا قالوا للنبى صلي الله عليه وسلم كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ومال الحازمي إلى أن ذلك ليس بحكم شرعي ولقوله فى رواية أخرى « إنما ظننت ظناً فلا تؤاخذونى بالظن ولكن إذا حدثتكم عن الله تعالى شيئاً فخذوا به فاني ان أكذب على الله » ثم قال الحازمى وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ولذلك أبقينا يعنى فى الناسخ والمنسوخ *

* قال المصنف رحمه الله تعالي *

﴿وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان أحدهما أنه لايدخل فى بيع الأصل لأن جميع الطلع مقصود مأكول وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتين والثانى أنه يدخل فى بيع الأصل وهو الصحيح لأنه طلع لم يتشقق فدخل فى بيع الأصل كطلع الأناث وما قاله الأول لايصح لأن المقصود مافيه وهو الكش الذى يلقح به الأناث وهو غير ظاهر فدخل فى بيع الأصل كطلع الأناث﴾ *

﴿الشرح﴾ الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة وآخره لام ذكر النخل وقال ابن فارس الفحال فحال النخل وهو ماكان من ذكوره فحلا لأناثه قال ابن قتيبة وهو فحال النخل ولايقال فحل (١) ولذلك اعترض معترض على الشافعى رضى الله عنه فان الشافعى قال وان كان فيها فحول فقال هذا المعترض إن هذا خطأ لأنه لايقال فى النخل فحل ولافى جمعه فحول وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز فى اللغة وقد ورد به الشعر * قال الشاعر

تأبرى ياخيرة الفسيل * تأبرى من جيد فسلي * إذ ضن أهل النخل بالفحول

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو مافى بطون طلع الفحال الذى يلقح بها طلع الأناث

(١) بياض بالاصل

أن يضمنها و يسترد الأجرة المسماة ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التى فاتت تحت يده وفى الرجوع بما غرم للمنافع التى استوفاها القولان وكذا غرم الأجزاء التالفة بالاستعمال * واعلم أن كل مالو غرمه المشترى يرجع به على الغاصب فلو طولب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشترى وكل مالو غرمه المشترى ولم يرجع به على الغاصب لم يرجع به على المشترى وكذا الحكم فيمن غير المشترى ممن ترتبت يده على يد الغاصب (وقوله) فى الكتاب و يرجع بكل ذلك على الغاصب جواب فى المهر

(أما) الأحكام فقال الأصحاب تبعاً للشافعي إذا كان فى النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معاً فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعها أولا فان تشقق شيء من طلعها فالثمرة للبائع بلاشبهة وان لم يكن تشقق شيء من طلعها (فأحد) الوجهين أنه للمشترى هو الصحيح وقال المصنف فى التنبيه والشيخ أبو حامد فى تعليقه انه المنصوص وادعى بعضهم أنه ليس فى المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال البائع مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لانه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما فى جوفه فاذا لم يظهر بالتشقق يكون المشترى وهذا أصح عند الماوردى والجرجانى فى التحرير ورد الاصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الاكل بل الكش الذى يلقح به وهو غير ظاهر فهو كالاناث فى التشقق سواء قال الماوردى هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا فى طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب قال بعضهم قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبراً إلا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبراً اعتباراً بالعرف اه ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتيين فيما اذا أفرد مالم يؤبر بالبيع قاله الفورانى وأما اذا جمع فى العقد بين الفحول والاناث فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقا (أما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث وأما على الوجه الآخر فان طلع الاناث تشقق وطلع الفحال له بكل حال وقد جزموا على الصحيح ههنا ان طلع الفحول يتبع طلع الاناث وكان ينبغي أن يأتى فيها وجه بأن طلع الفحال للمشترى بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع لآخر كما سنحكيه عن القاضى حسين والامام فى القسم الآخر لغير المتشقق فيه فهو كجنس آخر وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف وقال الجوزى اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا فقال أبو حفص انما جعلت الفحول تابعة لأنها الأقل فالنادر يدخل فى الغالب ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا فاستوى المؤبر منه وغيره وقال غيره اذا تشقق شيء من الاناث فباقى الحائط وذكوره وأناثه

المغروم عند الوطء بقول الرجوع وقد مر أن أصح القولين ومذهب أبي حنيفة منع الرجوع فيجوز أن يعلم ماذكره ـ بالحاء والواو ـ لذلك وأيضاً فالطريقة المروية فى قيمة الولد (وقوله) فيرجع المشترى بقيمة منفعة استوفاها يدخل فيه منفعة البضع المستوفاة بالوطء كما يدخل سائر المنافع و إجراؤه على اطلاقه ممكن في جميع ذلك قولان كما سبق لكن الأشبه أنه أراد ماسوى منفعة البضع وأما إذا وطيء وغرم المهر وقد ذكره مرة وحكم فيه بالرجوع على الغاصب (وقوله) فيه قولا الغرور أى ومباشرة الاتلافات علي مامر فى تقديم الطعام المغصوب فحذف أحد الطرفين * واعلم قوله فى نقل

تبع له واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقي من الذكور والاناث تابع فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بان طلع الفحل للبائع بكل حال وانه علل تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة و بعلة أخرى وهي الندرة غير أن التعليل بالندور انما يتم على ماهو المعهود غالبا فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلا لامن طلع الاناث ولا من طلع الفحول فعلى الصحيح الكل للمشتري وعلى الوجه الآخر طلع الأناث للمشتري والفحال للبائع وقال القاضي حسين على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الأناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض وجمع بينهما في العقد وكذلك الامام جعل تبعية الأناث للذكور كاستتباع النوع النوع وكذلك حكي الوجهين وقال ان الأصح أن طلع الاناث لايتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الأناث وقال المتولي انه على هذا الوجه يكون الفحول والأناث كالجنسين فلا يجعل الاناث تبعا لها وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع وحكى في الحاوي وجها وصححه ان طلع الأناث لايتبع طلع الذكور وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث لأن مقصود الثمار طلع الأناث وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لالنفسه وهذا الوجه هو الذي يدل عليه نص الشافعي رضي الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتي على الوجه الآخر وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الأناث للمشتري وينبغي أن يأتي فيه وجه أن طلع الأناث أيضا للبائع بناء على ان أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ماحكاه القاضي حسين الا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد واعلم ان عبارة المختصر وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والأناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع وهي الصورة التي حكينا الاتفاق فيها على ذلك وأبدينا فيها احتمال وجه وعبارة الشافعي في الأم ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر أناث النخل فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع وهذا يشبه عبارة

النص في التعييب أنه يرجع - بالزاي - اشارة الى تخريج المزني (وقوله) فليس له طلب الارش يجوز اعلامه - بالواو - (وقوله) فذلك فرق بين الجملة والجزء هكذا هو في بعض النسخ وفي بعضها وكذلك فرق أي الشافعي رضي الله عنه وهما صحيحان *

قال ﴿ ونقصان الولادة لايجبر (ح) بالولد فان الولد زيادة جديدة ﴾*

اذا انتقصت الجارية بالولادة وكان الولد رقيقا تفي قيمته ببعض نقصانها أو بكله لم يتجبر به النقصان بل الولد له و يأخذ الأرش خلافا لأبي حنيفة *لنا أن الولد زيادة تحدث على ملكه ألا ترى أنه يسلم

المختصر الا ان اطلاق عبارة الام تصدق على ماذا باع الاصل وحده بعد تأبير الأناث وهذا لايستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد مالم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ومفهومه يقتضي انه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشترى كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لانه يشمل ماذا تأبر هو وقبل تتأبر أن الاناث ولايمكن القول بأن ذلك للمشتري فلذلك عبارة المختصر أبين ثم قال الشافعى فى الام ومن باع نخلا قبل ان تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري وهذا النص يقتضي أن ثمرة الاناث لاتتبع ثمره الفحول على خلاف ماقدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ويشهد الاحتمال الذى ابديته فيه هذا ان كان قول الشافعى نخلا بالنون والخاء المعجمة وان كان بالفاء والحاء المهملة فاشذ فانه حينئذ يقتضي أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشترى ولاقائل بذلك نعلمه من الأصحاب وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل ان يؤبر وان كان ذلك ليس بلازم والله سبحانه وتعالى وأعلم يؤيد ماقلته ان الشافعى قال أيضا فى المختصر ولوتشقق طلع أناثه أوشيء منه فهو فى معنى ماأبر نخله فمفهوم هذا أنه لايكتفى فى ذلك بتشقق طلع الذكور ﴿ فائدة ﴾ أطلق المصنف الوجهين فى هذا الكتاب ولم ينسب شيئا منهما الى النص وكذلك فعل القاضى أبو الطيب وفى التنبيه قال وقيل ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال وهو خلاف النص وكذلك فعل الشيخ أبو حامد فهذا احد المواضع التى يؤخذ منها مااشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد والمهذب من طريقة القاضى أبي الطيب وذلك غير مستمر فسيأتى فى تقسيم الشجر تبع الشيخ أباحامد ولم يتبع ابا الطيب لكن ذلك فى صنعة التصنيف لافي النقل وفي ذلك الموضع يأتى كلام فى مخالفته أباحامد أوموافقته والظاهر عندى أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما نعم ان كان ذلك فى الاكثر فربما ويترك ذلك في بعض الاوقات لما يترجح عنده ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال الا

له وان لم يكن فى الام نقصان وملكه لايجبر نقصان ملكه ولو ماتت الام من الولادة والولد واف بقيمتها فاهم فيه اختلاف وقد فرغنا من شرح كتاب الغصب ونختمه بمسائل منثورة (منها) أسند خشبة تعب بحملها الى جدار يستريح ان كان الجدار لغيره ولم يأذن فى اسناده اليه فهو متعد يضمن الجدار ان وقع باسناده اليه ويضمن ماتلف بوقوعه عليه وان وقعت الخشبة وأتلفت شيئا ضمن ان وقعت فى الحال وان وقعت بعد ساعة لم يضمن وان كان الجدار له أو لغيره وقد أذن فى اسناده اليه وكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة فى الحال أو بعد ساعة تشبيها بفتح رأس الزق (ومنها) غصب داراً

ماحكيته عن الام والمختصر فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك والله أعلم*

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى إذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه فى قشره لأنه من مصلحته وكان أبو اسحق يمنع من بيعه حتى يصير بارزاً قال وليس هذا بصحيح ونسب الامام الأول إلى معظم أصحابنا وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر فى ذلك قولين وأنه بناهما على بيع الحنطة فى سنبلها قال الامام وهذا مقدح حسن ﴿ فائدة أخرى ﴾ ادعى بعضهم أنه ليس فى خصوص مسألة الفحال نص للشافعى وأنه لايمكن أخذه من إطلاقه أن الأبار حد لملك البائع لأن الأبار عبارة عن إصلاح طلع الأناث بعد تشققه أو شققه بالكش الذي فى طلع الفحال فلا أبار فى الفحال فلا دخول له فى هذا ولا يمكن حمل كلامه فى التنبيه فى قوله وهو خلاف النص على نص الحديث لأن الحديث إنما يحمل على التأبير اللغوى وهو إنما يكون للأناث على ماسبق وجعل التشقق فى معناه حكم شرعى من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعى أولى*

﴿ فرع ﴾ باع فحالاً لاطلع عليه ثم أطلع قبل لزوم العقد قال فى الاستقصاء (فان قلنا) إنه كطلع الأناث فهو للمشترى (وان قلنا) إنه كالمؤبرة وقلنا أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضاً للمشترى (وان قلنا) أنه لايملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع لأنا لو قلنا ان ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فجعل مالم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر ولم يجعل ماأبر تابعاً لما لم يؤبر لان الظاهر لايتبع الباطن ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها فى تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن فى إفساد البيع ﴾*

ونقضها وأتلف النقض ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة وحكى الشيخ أبو حامد وجهين فى أنه يضمن أجرة مثلها دلا الى وقت الرد أوالى وقت النقض (ومنها) غصب شاة وأنزى عليها فحلا فالولد للغاصب ولا شىء عليه للانزاء لنهيه عليه السلام عن عسيب الفحل فان انتقص غرم الارش ولك أن تقول المغصوب منه ولو غصب فحلا وأنزاه على شاته فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شىء للانزاء على الخلاف فى جواز الاستئجار (ومنها) غصب جارية ناهدا فتدلى نهداها أو عبدا شابا فشاخ أو أمردا فالتحى غرم النقصان وعن أبى حنيفة أنه لايضمن فى الأمرد ولو غصب خشبة واتخذ منها أبوابا وسمرها بمسامير من عنده نزع المسامير وان انتقصت الأبواب بذلك ضمن

﴿الشرح﴾ الحائط وهو البستان من النخيل[1] (أما) الاحكام فى هذه الجملة مسألتان (الاولى) إذا باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر وجعل مالم يؤبر تابعاً لما أبر (أما) إذا كان نوعا واحداً فاتفق عليه الأصحاب تبعاً للشافعي رضي الله عنه واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم «من باع نخلا قد أبرت» قال ابن عبد البر وأصل الابار أن يكون فى شيء منه الابار فيقع عليه اسم أنه قد أبر كما لو بدا صلاح شيء منه وفيما ذكروه من إطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لايخفى لاسيما على مايقوله أصحابنا أنه يكفى تأبير نخلة واحدة فى البستان بل طلعة واحدة و يصير الباقى تبعاً فدعوى إطلاق التأبير على الجميع حقيقة فى غاية البعد وقد وقع فى كلام ابن حزم مايقتضى أن لفظ الحديث وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهذا لوثبت كان صريحاً فى المطلوب لكنى لم أجده فى شيء من ألفاظ الحديث التى وقفت عليها وانما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة وحقيقة ذلك أن يكون فى الجميع واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به فى ضمن استدلال فلعله لم يتثبت فيه نعم لايشترط أن يوجد التأبير فى كل طلع النخلة بل متي وجد فى شيء منها صح أنها أبرت فيكون جميع ثمرتها للبائع وان كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث و يعضد الاصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل بل يكتفون بتأبير بعضها واستدل أبو اسحق المروزى لذلك بما ذكره المصنف وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما وأجابوا عنه وهو أنه هل لاجعل ماأبر تابعاً لما لم يؤبر فى دخوله فى البيع وأجابوا بأنه استقر فى الشرع أن الباطن تبع للظاهر وليس الظاهر تبعاً للباطن فان ما بطن من أساس الحائط ورؤس الاجذاع تبع لما ظهر فى جواز البيع وأيضاً فانه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الاول ان الحكم بتبعية الاساس أمر ضرورى لصحة البيع ولا كذلك الثمار ألا ترى أنه لوشرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشترى اتبع شرطه فانها لو كانت كلها مؤبرة

[1] بياض بالاصل

الأرش ولو بذلها ففى اجبار المغصوب منه على قبولها وجهان ذكرناهما فى نظائرها (ومنها) غصب ثوبا ونجسه أو نجس عنده لم يكن له تطهيره ولا للمالك أن يكلفه التطهير ولو غسله وانتقصت قيمته ضمن النقصان ولو رده نجسا فمؤبر التطهير على الغاصب وكذا أرش النقصان اللازم منه و تنجيس المائع الذى لايمكن تطهيره اهلاك وتنجيس الدهن ينبني على امكان غسله ان جوزناه فهو كالثوب (ومنها) قال فى التتمة لو غصب من الغاصب فابرأ المالك الأول عن ضمان الغصب صح الابراء لأنه مطالب بقيمته فهو كدين عليه وان ملكه المغصوب برىء وانقلب الضمان على الثانى حقا له وان باعه من غاصب

وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنه ارضيابه وأورداه العقد عليه وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة واستدلوا أيضاً بأن بدو الصلاح فى بعضها بمنزلة بدو الصلاح فى جميعها فكذلك التأبير ولك أن تجيب بأن المعني فى الاصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح فى جميعها أدى إلى أن لايصح بيعها بحال فانه إلى أن يتكامل فيها يتساقط الاول فيؤدي إلى فساد الثمرة وتأذى مالكها وليس هذا المعني موجوداً هنا والله أعلم وفى كلام الشافعى فى الام إشارة إلى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب (وأما) إذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضاً أن مالم يؤ بر تابع لما أبر فان الشافعى قال إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شيء من نخلة فثمرة تلك النخل فى عامه ذاك للبائع ولو كان منه مالم يؤ بر ولم يطلع لأن حكم ثمرة ذلك النخل فى عامة ذلك حكم واحد كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤ بر قال صاحب التتمة ويخالف الجارية الحامل بولدين وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر لايجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب لان الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالام فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة هذا الفرق ذكره صاحب التتمة فى النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤ برأو بعضها غير مؤ بر فأما اذا كان بعض النخيل مؤ برا و بعضها غير مؤ بر ففرق بينه و بين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها للبائع والتي لم تنتج يدخل حكمها فى العقد لان نتاج الاغنام لايتفق فى وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل وقال أبوعلى بن خيران لايكون تأبيرا إلافى نوعه لأن الانواع يختلف ادراكها وتتفاوت والنوع الواحد لايتفاوت ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو على بن أبى هريرة لكنه شرط فى ذلك ان يكون اطلع حتى يكون فى حكم المؤ بر وان اختلف النوع (أما) ماظهر من الطلع بعد البيع فقال بانه للمشترى لانه ظهر فى ملكه وغلطوه فى ذلك بالنص الذى قدمته عن الشافعى آنفا وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ولوكان فيه مالم يؤ بر ولم يطلع وهذا نص صريح وقول ابن أبى هريرة هذا صححه الماوردى وسيأتى فى كلام المصنف وانما ذكرته هنا لتعلقه به فانه ينتظم به فيما اذا باع نخلا وفيه ثمرة مؤ برة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العام للبائع (والثانى) قول ابن خيران ليس للبائع

الغاصب أووهبه منه وأذن له فى القبض برئ الاول وان أودعه من الثانى وقلنا انه يصير أمانة فى يده برىء الأول أيضا فان رهنه من الثانى لم يبرأ واحد منهما عن الضمان (ومنها) لورد المغصوب الى المالك أوالى وكيله أو وليه برىء من الضمان ولو رد الدابة الى اصطبله قال فى التتمة يبرأ أيضا اذا علم المالك به أوأخبره من يعتمد خبره وقيل انلم يعلم ويخبر لايبرأ فان امتنع المالك من الاسترداد رفع الامر الى

الاالمؤ برو (الثالث) قول ابن أبي هريرة ان للبائع المؤ برو المطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع والله أعلم ولم يقل أحد من الأصحاب بأفراد المؤ بر بحكمه ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا ابر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع وان كان المؤ بر أقله فكله للمبتاع واضطربوا اذا أبر نصفه قال ابن عبد البر والأظهر من المذهب انه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع *

﴿ فرع ﴾ هذا كله فيما اذا باع الجميع أما اذا أفرد غير المؤ بر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسئلة الثانية) اذا كان له حائطان فابر أحدهما دون الأخرى وباعهما فان المؤ بر للبائع ومالم يؤ بر للمشتري ولايتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب والماوردى الروياني كما فرقنا فى الشفعة بين ماقسم و بين مالم يقسم وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح فان بدو الصلاح فى أحد الحائطين لايستتبع الآخر وفيه وجه آخر ان البستانين يتبع الآخر وجعل الرافعي الخلاف فى البستانين مرتب على البستان الواحد فحيث قلنا فى البستان الواحد أن كل واحد من المؤ بر وغير المؤ بر يفرد بحكمه فههنا أولى وحيث قلنا بان غير المؤ بر يتبع فههنا وجهان (أصحهما) إن كان بستان يفرد حكمه والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيراً فى وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعي رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور (إحداها) عند اتحاد النوع

الحاكم (ومنها) عن القفال وغيره ان المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان برىء الأول لان القرار على الثاني والاول كالضامن وهذا ان فرض بعد تلف المال فهو بين واما قبله فليخرج على صحة ابراء الغاصب مع بقاء المال فى يده وفيه خلاف مذكور فى كتاب الرهن *

﴿ حديث ﴾ أبى طلحة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عندى خمور أيتام قال أرقها قال ألا أخللها قال لا: تقدم فى الرهن ☆

﴿ حديث ﴾ النهى عن عسب الفحل تقدم فى باب البيوع المنهى عنها ☆

﴿ قوله ﴾ فى أثر عن الصحابة أن فى عين الفرس والبقرة الربع سعيد بن منصور عن ابن علية عن أيوب عن أبى قلابة أن عمر قضى فى عين الدابة ربع قيمتها ورواه البيهقى وقال هذا منقطع قال وروى عن عمر أنه كتب به إلى شريح ووصله جابر الجعفى عن الشعبى عن شريح عن عمر وجابر ضعيف ورواه الدمياطى فى كتاب الخيل من حديث عروة البارق قال كانت لى أفراس فيها فحل شراه عشرون الف درهم ففقأ عينه دهقان فأتيت عمر فكتب إلى سعد بن أبى وقاص أن خير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس وبين أن يأخذ ربع الثمن الحديث وإسناده قوى وروى الطبرانى فى الكبير من حديث زيد بن ثابت أن رسول صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الفرس بربع ثمنه وفى إسناده أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف ☆

والصفقة (والثانية) عند اختلاف النوع علي المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفقة اذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فانه يكون كما لوأفرد غير المؤبر فى البستان الواحد ولنا فيه خلاف سيأتى الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى كلام الرافعى أن يأتى فى البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأولتين ماقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره فان القاضى حسين حكي عنه فى ذلك وجهين وأما عند اختلاف النوع فغريب وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية وجعل محل الوجهين فيما إذا كان الصنف واحداً فأما إذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدوالصلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة وقد يقال انه حاصل بدخول وقته و إن لم تشمله صفقة والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعى وغيره ولا فرق بين أن يكون البستانان مثلا صفين(١) أو متباعدين قال ابن الرفعة يشترط أن يكونا فى اقليم واحد بل فى مكان طبعه واحد وماذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطاً فان صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط فان قطعتى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان وجعل التأبير فى أحد الجانبين دون الآخر ثم باع الجميع فان مالم يؤبر تابع لما أبر فاذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتي يعدا فى العرف مكانين ولايعدان مكانا واحداً وأسباب ذلك إما حاجز بينهما واما غيرذلك مماهو معلوم فى العرف فان من الأراضى ما هى قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراضى لاأرض واحدة لنوع من التمييز بينها (وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانب منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية لأن صاحب الحاوي قال(١) وقال الشيخ أبو حامد انه لايشترط الحاجز وانما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة إلى ماقلناه *

(١) بياض بالاصل

﴿ كتاب الشفعة * وفيه ثلاثة أبواب ﴾

﴿ الباب الأول فى أركان الاستحقاق ﴾

قال ﴿ وهى ثلاثة المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه (الأول المأخوذ) وهو كل عقار ثابت منقسم * احترزنا بالعقار عن المنقول فلاشفعة فيه عن الشريك لخفة الضرر فيه ﴾ *

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ فرع ﴾ هذا الحكم المذكور من أول الفصل إلى هنا أن المؤبر لايتبع النخلة المبيعة وغير المؤبر يتبع لافرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أومعه وهذا وان كان من الواضحات فان صاحب العدة صرح به فذكرته تبعاً له ورغبة فى الايضاح والله سبحانه أعلم •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فابر المطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الباقي ففيه وجهان قال أبو على بن أبى هريرة ما أطلع فى ملك المشترى لايتبع المؤبر بل يكون المشترى لانه حادث فى ملكه فلا يصير للبائع والثانى أنه يتبع المؤبر فيكون للبائع لأنه من ثمرة عامه فجعل تابعاً له كالطالع الظاهر فى حال العقد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففى طلعه وجهان أحدهما أنه للبائع لأنا جعلناه فى الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع والثاني أنه للمشترى لانه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه فيصير تابعاً له فاما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله ﴾•

﴿ الشرح ﴾ فيه مسألتان (المسألة الأولى) إذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها و بعضها لم يطلع بعد فاطلع بعد البيع فى ذلك المشترى فلا اشكال في أن المؤبر للبائع وأن ماكان وقت العقد مطلعاً غير مؤبر تابع له فيكون للبائع أيضاً (أما) ماأطلع بعد ذلك فان كان من طلع العام المستقبل فهو للمشترى وليس محل الوجهين نبه عليه الماوردى وهوظاهر من كلام المصنف وان كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة وادعي الماوردى أنه الاصح وتبعه ابن ابي عصرون أن ماأطلع فى ملك المشترى لايتبع المؤبر بل يكون للمشترى لحدوثه فى ملكه وقد صحح ابن الصباغ أيضاً هذا الوجه عند الكلام فى اختلاط ثمرة النخلة المبيعة بثمرة البائع (والثانى) وهوقول أبى حامد الاسفرايينى وقال انه المذهب انه يتبع فيكون للبائع خوفامن سوء المشاركة كما جعلنا مالم يؤبر تبعاً لما أبر خوفا من سوء المشاركة ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعى وفرق الماوردى منتصرا لقول ابن أبى هريرة بأن مالم يؤبر يصح العقد عليه ويلزم فيه بالشرط فجاز أن يصير تبعاً لمقداستثناه

الشفعة مأخوذة من قولك شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعاً به كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه يقال أصل الكلمة التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفيع لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر ومنه شاة شافع للتى معها ولدها لتقويها به وصرت في الشريعة بحق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث وفيه مجال لمضايقات (منها) أن الشركة مأخوذة فى هذا التفسير ولو كان كذلك لما انتظم قولنا هل تثبت الشفعة للجار أم لا والأصل فى الشفعة الأخبار التى نوردهامتفرقة فى

العقد قال ولو كان التعليل المذكور صحيحاً كان بيع ما لم يخلق تبعاً لما خلق كما يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه قال وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله يعني أبا حامد (قلت) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر الحديث فانه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع وثمرتها تشمل ما كان مطلعاً حين العقد ومالم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم إلا أن يقال ان قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة وهي المطلعة وليس ببعيد لكن سوء المشاركة حاصل والحاجة داعية إلى ذلك وما ألزم به الماوردي من بيع مالم يخلق تبع للخالق فانما يلزم لو كان كلما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء (وقوله) ان مالم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ورأي غيره وقد تقدم عن أبي إسحاق أنه لا يصح بيعه وهو الاصح عند المحاملي وغيره فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور وفي التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها وهي جارية المكاتب إذا أتت بولد من أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها قال نص أن الولدين للسيد فاستنبط منها هذا الوجه ووجه في الجارية إذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ماقاله الامام ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري وعن الخضري أنه كان يحكي في ذلك قولين (أحدهما) ماانسب إلى النص (والثاني) مارأى الامام أنه الصواب قال ابن الرفعة ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع فستعرف في باب الجنايات وغيره أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم مالم ينفصل منه شيء وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل فعلى هذا يكون للبائع وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن لأنه قد علم وجوده ثم قال الامام في الحالة الاولى ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب قال ابن الرفعة أو يصح على ظاهر المذهب لان هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر من حيث ان البائع لم يستثنه وانما الشرع استثناه وقد اختلف قوله يعني الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن متعين وحكمه والتصحيح فيه معلوم

الباب وكل مادل على مسألة في باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب واحتج بعضهم بالاجماع لكنه نقل عن جابر بن زيد من التابعين وغيرهم إنكار أصل الشفعة واذا علمت أن لحق الشفعة ثبوتاً ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه لم يثبت وأنه كيف يؤخذ الشقص وأنه يستمر أو ينسقط وبم يسقط ان سقط وهذه الأمور الثلاثة هي ابواب الكتاب الثلاثة (إما) أنه بما يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور (منها) مايرجع إلى الملك المأخوذ (ومنها) مايرجع إلى الآخذ (ومنها) مايرجع إلى الذي يؤخذ منه وسمي

فى موضعه ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال ان القول بان أماطلع للمشترى لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره والوجود فى تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك (المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فافرد المؤبر بالبيع فلا اشكال فى أن ثمرته للبائع وان أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا وممن حكاهما القاضى أبو الطيب (وقوله) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع يعني اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر فاذا افرده بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ونظير المسألة اذا بدا الصلاح فى بعض الحائط فافرد بالعقد الثمرة التى لم يبد صلاحها فيها ففى صحته وجهان كالوجهين (والصحيح) أن الطلع للمشترى وممن صححه صاحب البيان وقال امام الحرمين ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه وهذا الكلام من الامام قد يوهم ان من الاصحاب من يقول ان وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالى يقتضى ذلك وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت أن يحصل تأبير أصلا ولم أعلم من قال بذلك وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير فى غير المبيع ولم يحصل فى المبيع وقد تقدم فى ذلك كلام وجزم الفورانى بأنه إذا افرد النوع الذى لم يؤبر بالبيع انه ليس حكمه حكم المؤبر فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفرد مالم يؤبر من نوع واحد ويمكن أن يكونا مطلقا بناء علي ان التأبير فى احد النوعين تأبير فى الآخر وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفرد الصنف الذى ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين فى كلام المصنف على اطلاقهما *

* قال المصنف رحمه الله *

قال الشافعى رحمه الله والكرسف اذا بيع أصله كالنخل وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل فى كل سنة وتخرج ثمرته فى كمام وتنشق عنه كالنخل فان باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشترى وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل وأما ما لا يحمل الاسنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع ويجىء حكمه ان شاء الله تعالى) *

صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها وتركب سببه من الأمور معتبرة فيها فقال (الباب الأول) فى أركان الاستحقاق (الركن الأول) المأخوذ فاعتبر فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون عقاراً قال الاصحاب والاعيان ثلاثة أضرب (أحدها) المنقولات فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض وعن مالك ثلاث روايات (إحداها) إثبات الشفعة فى كل منقول باع أحد الشفيعين نصيبه منه (والثانية) إثباتها فى السفن خاصة (والثالث) أنها إن بيعت وحدها فلا شفعة فيها وان بيعت

﴿ الشرح ﴾ الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء القطن ويقال له الكرسف والبرسف وهو على نوعين منه ما يبقى فى الارض سنين ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز واليمن وتهامة والشام والبصرة قال المحاملى والبلاد الحارة فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ويترك القشر على الشجر كما يترك كمام الطلع على الشجر وقيل ان بعضهم شاهده يحمل فى السنة ثلاث مرات ويعضد عليه كما يعضد على الشجر وقد عده الاصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتى بالحاقهما بالذرع وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا فى الحاقه بالنخل على أن من الامثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج مالا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه فلذلك أفرده بالذكر وكذلك الشافعى رضي الله عنه أفرده بالذكر قال والكرسف اذا بيع أصله كالنخل قال الاصحاب فى هذا النوع من الكرسف انه اذا باع الأرض كان تابعا لها وان أفرده بالبيع جاز مطلقا ولا يشترط شرط القطع واذا باعه مفردا أومع الارض أو باع الارض فدخل فى بيعها وكان فيه جوز فان كان قد تشقق منه شيء كان الكل للبائع الا أن يشترط المشترى وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثمرة النخل سواء فالتشقق هنا بمنزلة التأبير فى النخل وكلام المصنف مصرح بانه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع والاصحاب مساعدون له على ذلك ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق فى ان الكرسف فى ذلك كالنخل وسيأتى كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره

مع الأرض ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشترى ‏• لنا قوله ﷺ «الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»(١) وبما روى أنه ﷺ «قضى بالشفعة فى كل مالا يقسم ربع أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»(٢) وروى

(١) ﴿ حديث ﴾ جابر إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة البخارى بهذا من طريق أبى سلمة عنه ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبى الزبير عن جابر وقال ابن أبى حاتم فى العلل عن أبيه عندى ان من قوله إذا وقعت إلى آخره من قول جابر والمرفوع منه إلى قوله لم يقسم واعله الطحاوى بأن الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه ورد عليه بأنها ليست بعلة قادحة وسيأتى الكلام عليه بعد حديث آخر ✡

(٢) ﴿ حديث ﴾ أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شرك ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به وروى الشفعة فى كل شرك ربع أو حائط مسلم من حديث جابر وله طرق (تنبيه) الربعة بفتح الراء وإسكان الموحدة تأنيث ربع ✡

(النوع الثانى) مالا يحمل الاسنة واحدة وهو قطن بغداد وخراسان لايبقى أكثر من سنة واحدة فحكمه حكم الزرع ان باع الارض لم يدخل فى العقد كالزرع الا أن يشترطه المشترى فيصح شرطه مالم يكن جوزا منعقدا غير متشقق فسيأتى أنه يمتنع على المشترى اشتراطه هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولامع الارض سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه لان المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل فان باعه مع الارض بطل فيه وفى الارض قولا تفريق الصفقة وكذلك فى الزرع مع الارض سواء قاله القاضى أبو الطيب وان باعه وحده فان كان حشيشا لم ينعقد جوزه أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه لان المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل فعلى هذا ان باعه مفردا بطل وان باعه مع الارض بطل فيه وفى الارض قولا تفريق الصفقة وكذلك اذا باع الارض واشترط المشترى ان يكون ذلك له واقتصر الرافعى فى ذلك على ماذكر صاحب المهذب نقلا وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ماتقدم عن القاضى أبي الطيب فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الارض وجاز لمشترى الارض أن يشترطه وهل يدخل القطن فى البيع قال صاحب التهذيب يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لاتدخل فى بيع الشجرة لان الشجرة مقصودة كثمار سائر الاعوام ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة وقال القاضى حسين انه يبقى للبائع ولايدخل فى البيع وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لاقيمة لها وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون مافيها أو يجعل المرهون مافيها لانه المقصود عادة وفيه وجهان (أصحهما) الاول قلت وان لم يتشقق قال فى التهذيب لم يصح بيعه على الاصح وقال القاضى حسين يصح فى الاصل ولاتدخل الثمرة وكل منهما بني على أصله قال ابن داود فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون فى كله فلو تشقق بعضه لم يصح الافيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بان المقصود منه (١) وفى البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وان تشقق جوزه كالطعام فى سنبله وهذا محمول على غلط فى النسخة التى وقعت لي وهذه الجملة التى ذكرتها هى قول أكثر الاصحاب وقال صاحب التتمة انه اذا تناهى

(١) بياض بالاصل

« الشفعة فى كل شرك ربع أو حائط » (الضرب الثانى) الاراضى فتثبت الشفعة فيها سواء بيع الشقص منها وحده أو مع شيء من المنقولات ثم فى الحالة الثانية يوزع الثمن عليه وعلى ذلك المنقول كما سيأتي (والثالث) الاعيان التى كانت منقولة فى الاصل ثم أثبتت فى الارض للدوام كالابنية والاشجار فان بيعت منفردة فلا شفعة فيها لانها فى حكم المنقولات وكانت فى الاصل منقولة وتنتهى اليه وان طال أمدها وليس معها ما تجعل تابعة له وحكي الامام أبو الفرج السرخسى وجها أنه تثبت الشفعة فيها لثبوتها فى الأرض (والمذهب) الأول وان بيعت الأرض وحدها ثبتت الشفعة فيها ويكون

نهايته ولايكون له نماء بعد ذلك وهو فى آخر الخريف فبيعه جائز مطلقا ويكلف تفريغ الارض عنه على حسب العرف وماعليه من الحمل لايتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق لان الشجرة ليست بمقصودة وانما المقصود الثمرة فلاتدخل فى بيع البائع وهذا الذى قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مماذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ولا يتوقع له نماء فلولم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما فى شجر البطيخ اذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الارض فلاحاجة فيه الى ذلك (واما) الاستدراك فان أصول هذا النوع من الكرسف لاتقصد وحدها بدون حملها ولايشتريها أحد الا والمقصود حملها فقوله ان حملها لايتبع لان الشجرة ليست بمقصودة تعليله صحيح وليس ينبغي ان يكون فيما اذا عنى أنه يشترى الاصول فقط أما اذا قال بعتك هذا القطن وهذا الزرع دخل لانه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الاصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق وكذلك اذا قال بعتك الارض ومافيها من الزرع فأما بيع ثمره فأن تشقق وباع ماتشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين وان لم يكن تشقق ولاانعقد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لانه لامنفعة فيه فى تلك الحالة فامان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة فى السنبل هذا كلام صاحب التتمة قال فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن اصحابنا من قال فيه قولا بيع الغائب والشجرة وان كان قد رآها فهى تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال فى الجوز قولا بيع الغائب اذا ابطلنا ففى الشجرة قولا تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيان ان قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين والامر فى ذلك يرجع الى المشاهدة والفقه قد تبين •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أوالورق أو الثمرة فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج فى كمام ثم ينفتح منه كالورد فهو كالنخيل فان كان فى الكمام تبع الاصل فى البيع كالطلع الذى لم يؤبر وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الاصل كالطلع المؤبر

الشفيع معه كالمشترى وان بيعت الأبنية والاشجار مع الارض اما صريحاً أو على قولنا ان الأرض تستتبعها ثبتت الشفعة فيها تابعة للاراضى كما سبق من الأخبار فان لفظ الربع يتناول الأبنية ولفظ الحائط يتناول الاشجار ولو كان على النخل ثمرة مؤبرة فادخلت فى البيع شرطاً لم تثبت فيها الشفعة لأنها لاتدوم فى الأرض بل يأخذ الشفيع الارض والنخيل بحصتها من الثمن وعن مالك وأبى حنيفة إثبات الشفعة فيها تبعاً وان كانت غير مؤبرة دخلت فى البيع تبعاً وهل يأخذ فيه وجهان أوقولان (أحدهما) لا كالمؤبرة

وان كان لا كام له كالياسمين كان ماظهر منه للبائع ومالم يظهر للمشترى وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان أحدهما انه ان لم ينفتح فهو للمشترى وان تفتح فهو للبائع لان الورق من هذا كالثمر من سائر الاشجار والثانى انه للمشترى تفتح أولم يتفتح لانه بمنزلة الاغصان من سائر الاشجار وليس كالثمر لان ثمرة التوت مايؤكل منه ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الفصل معقود لبيان مايلحق من الأشجار بالنخل فان الشافعى رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه واتبعه بالكرسف الذى هو فى حكمه قال بعد ذلك و يخالف الثمار من الاعناب وغيرها النخل واندفع فى بيان مايكون فى معنى ثمر النخل وشرح الاصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذى له حمل فى كل سنة الى اقسام واحسن تقسيم فيها ماسلكه الشيخ ابوحامد وتبعه المصنف وهوان الشجر ثلاثة اضرب مايقصد منه الورد ومايقصد منه الورق ومايقصد منه الثمرة والذى يقصد منه الثمرة على خمسة اضرب الاربعة التى ستأتي فى كلام المصنف والخامس مايظهر فى كام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد وهى ثمرة النخل والمصنف لم يذكر هذا القسم لانه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف فلا تأتى الاربعة كما ذكر والقاضى ابو الطيب جعل الاقسام كلها خمسة فلم يأت فى تقسيمه من الحسن والبيان مافى تقسيم الشيخ ابى حامد فلذلك عدل المصنف عنه وذكر المصنف فى هذه القطعية التى ذكرناها هنا ضربين (الضرب الأول) مايقصد منه الورد وهو علي نوعين (احدهما) مايخرج فى ورق اخضر لايشاهد منه شيء ثم بعد ذلك ينفتح فيشاهد ماتحته كانواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والنرجس فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ما تفتح وما لم ينفتح هذا هو المشهور خلافا لما سنذكره عن صاحب التهذيب ومن تبعه ان ما تفتح يكون للبائع ومالم ينفتح يكون للمشترى وأن ما لم يتفتح منه شيء يكون للمشترى كالطلع حرفا بحرف هكذا قال أبو حامد وقال الرويانى فى البحر والشاشى فى الحلية وابن الصباغ والرافعى عن الشيخ أبى حامد أنه للبائع وان كان فى كمامه وان ذلك

لانها منقولة (والثانى) نعم لدخولها فى مطلق البيع قال فى التهذيب وهذا أصح وعلي هذا فلو لم يتفق الاخذ إلى أن تأبرت فوجهان (أظهرهما) الاخذ لان حقه تعلق بها وزيادتها كالزيادة الحاصلة فى الشجرة من بسوقها أو طول أغصانها (والثانى) المنع و به قال القاضى أبوالطيب لخروجها عن أن تكون تابعة للنخيل وعلى هذا فبم يأخذ النخيل والارض فيه وجهان (أشبههما) بحصتها من الثمن كما فى المؤبرة (والثانى) بجميع الثمن تنزيلا له منزلة عيب يحدث بالشقص ولو كانت النخيل حائلة عند البيع ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع فان كانت مؤبرة لم يأخذها وان كانت غير مؤبرة فعلى قولين ذكرناها بتوجيههما وتخاريجهما

ظاهر

ظاهر كلام الشافعي رضى الله عنه (قلت) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم فان الذى في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ولا أعلم خلافا فى ذلك فلعله التبس على الحاكى هذه المسألة بمسألة الثمرة التى عليها نور ووقع اختلاف فى نقل الحكم مع ذلك لكن لما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك (قلت) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه فى ذلك * ويدخل شجر هذا النوع فى بيع الأرض كسائر الأشجار وقال البغوى فى التهذيب والخوارزمى فى الكافى إن الورد إذا تفتح بعضه فالذى تفتح للبائع والذى لم يتفتح للمشترى بخلاف مالو باع نخلة تشقق بعض ثمرها وعلله بأن ما تفتح من الورد يجتني ولا يترك فانه يتناثر ويقل فلا يتلاحق البعض بالبعض فكان كل واحد فى حكم المنفرد بخلاف الثمار فانها لا تجتني حتي تتلاحق وكلام أبى حامد والجرجانى والمصنف فى التنبيه وابن سراقة فى بيان مالا يسع جهله مصرح بخلافه (النوع الثانى) من هذا الضرب مايبرز بنفسه لايحول دونه حائل إلا أنه يخرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين فان كان قد ظهر منه شيء فالجميع للبائع وان لم يظهر منه شيء فهو للمشترى والظهور فى هذا النوع بمنزلة التفتح فى النوع الأول هذه طريقة الشيخ أبى حامد وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم * واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا فى الياسمين خاصة وكذلك عبارة الجرجانى يوافقان بظاهرهما ماقاله صاحب التهذيب فى الورد لكن عبارة المصنف فى التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد وان ظهور بعضه كظهور كله فينبغى أن تحمل عبارته في المهذب على ذلك لا على ماقاله صاحب التهذيب والله أعلم * وأطلق القاضى أبو الطيب فى النوعين أنه إن تفتح للبائع وان لم يتفتح للمشترى وكذلك قال المصنف فى التنبيه لكن بلفظ الظهور لما قال أو نوراً يتفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع وان لم يظهر فهو للمشترى فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضى أبى الطيب وان أراد البروز وان كان فى الكمام لم يقل به أحد إلا أن يتعسف فى الاعتذار عنه بأن المراد الظهور وذلك فى الورد وما يخرج فى كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج فى غير كمام بنفس الخروج فحينئذ يصح ويكون موافقاً لما قاله فى المهذب ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضى أبى الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له وقال الرويانى

فيما اذا أفلس مشترى النخيل وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع الى الطلع وقد ذكر كثير من الناقلين أن قول أخذ الثمار قوله القديم ومقابله الجديد وعلى هذا فالمسألة مما يجاب فيها على القديم لما مر فى التفليس أن الاخذ أظهر عند الاصحاب واذا بيعت الثمرة للمشترى فعلى الشفيع إبقاؤها الى الادراك وهذا اذا بيعت الاشجار مع البياض الذى يتخللها أو بيع البستان كله أما اذا بيعت الاشجار ومغارسها لا غير فوجهان وكذا لو باع الجدار مع الاس (أحدهما) أنه تثبت الشفعة لانها فرع أصل ثابت (واشبههما)

إن البنفسج كالورد وعد جماعة البنفسج والنشرين من جنس الياسمين والحق سليم فيما نقل عنه النشرين بالورد قال الفزاري والمشاهد فى بلادنا خروجه فى كمام يتفتح عنه كالورد يعنى الياسمين *

﴿فرع﴾ لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بانضمامهما لعلف الدواب قاله الخوارزمى (الضرب الثانى) مايقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق وصححه الروياني أنه إن كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع وإلا فللمشتري هكذا عبارة الشيخ أبي حامد والشيخ فى عبارته بالتفتح وعدمه تابع القاضى أبي الطيب فانه قال كذلك وزاد ففرض المسألة فيما إذا باع أصل التوت وقد خرج ورقه ويرد عليهما فى ذلك ماورد عليهما فى اعتبار التفتح فى الياسمين وان استبعدت حصول التفتح فى ورق التوت فسيأتى فى كلام الماوردى والروياني ما يثبته وقد أخبرنى من يخبر ذلك وأن ورق التوت يخرج منعقداً لم يتفتح ﴿ فائدة ﴾ الياسمين بكسر السين والأشهر جعل النون حرف إعرابه وفيه لغة أنه يعرب إعراب قائمين - بالواو والياء والنون - بياءين مثناتين هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة أن الاولى مثناة والثانية مثلثة وأنكرها الجوهرى ونسبها ابن قتيبة فى أدب الكاتب إلى الفرس (والوجه الثانى) أنه للمشترى بكل حال ونسبه الامام إلى الجماهير وصاحب البيان إلى اختيار الشيخ أبي حامد وقال فى التهذيب انه المذهب وهو الاصح عند الغزالى والرافعي والقاضى حسين وغيرهم لانه ورق فاشبه سائر الاوراق ولما ذكره المصنف ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة فى ذلك أو أن ذلك من الثمر بل ثمرته مايؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما إذا كان فى أوان الربيع أما فى غيره فالكل للمشترى بلا خلاف على ماصرح به صاحب التتمة كسائر الاوراق وفى المسألة وجه ثالث جزم به الماوردى وحكاه الرويانى أنه إن كان شامياً يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه وان كان يقصد ورقه فانه يبدو فى عقده ثم يتفتح عنها فان كان فى عقده تبع الاصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الاصل وهو للبائع قال الرويانى وهو قريب من قول أبي اسحق ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لامعنى لذلك الخلاف وان كان الشيخ قد

المنع لأن الارض تابعة ههنا والمتبوع منقول ولو باع شقصاً فيه زرع لايجذ مراراً وادخله فى البيع شرطا أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ولم يأخذ الزرع خلافا لأبي حنيفة ومالك وإن كان مما يجذ مراراً فالجذوة الظاهرة التى لاتدخل فى البيع المطلق كالثمار المؤبرة والأصول كالأشجار وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرفوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعا كالأبنية وكذا الدولاب

حكاه (قلت) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الاصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي وان كان متجها فان النوع الذى يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالاحمر فيما قال بعضهم فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار أما التوت الابيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة و يلتحق بالاول ورق الذكر من الابيض لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الاصحاب فى كتاب المساقاة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الخلاف الذى يقطع أغصانه و يترك ساقه وطوله وتقطع الاغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى الحسين والأغصان لاتدخل فى العقد لأنه ينزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى والرويانى الحناء يقصد ورقه أيضا و يبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تنفتح عنه فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر فيكون للبائع وقال صاحب البيان شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق اذا ظهرت وجها واحداً لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق *

﴿ فرع ﴾ شجر النبق قال صاحب التتمة المذهب كسائر الاشجار يتبعها ورقها وقيل انها كالتوت لأن في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة وهذا ينبغي أن يكون هو الاصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة وله طواحين معدة لطحنه وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرته وفرق على القول الآخر بينه و بين ورق التوت بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره في المعني يشاركها فأنها تغسل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فأنه كل مقصوده *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب أحدها ماتخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى لان الظاهر منه كالطلع المؤبر والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر ﴾ *

الثابت في الأرض سواء اداره الماء أو غيره بخلاف الدلو والمنقولات ولو باع شقصاً من طاحونة فالحجر التحتاني يؤخذ بالشفعة (إن قلنا) بدخوله فى البيع وفى الفوقانى وجهان مع التفريع عليه كالوجهين فى الثمار التى لم تؤبر (وقوله) فى الكتاب كل عقار غير مجرى على ظاهره لأنه يقتضى اشتراط كون المأخوذ عقاراً وقد عرفت أن الأبنية والأشجار بل الثمار أيضاً مأخوذة ومعلوم أن اسم

﴿ الشرح ﴾ بدأ فى الضرب الثالث من أقسام الشجر وجعله على أربعة أضرب. وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامساً لم يدخل فى تقسيمه ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لافراده إياها بالذكر وجعله مورد التقسيم فيما سواها • إذا علم ذلك فهذا الضرب الذى يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب (أحدها) ماتخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام لاورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب فاذا باع أصل التين والعنب فان كان قد خرجت الثمرة فهى للبائع الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت فى ملك المشترى فهى للمشترى ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع وظهور القطن من الجوز قال الشيخ أبوحامد وأظن التوت الشامي مثله أي مثل التين والأمر كما قال فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الاحمر المرفان المقصود منه ثمرته لاورقه بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم في الثمرة واحدا وقد حكى عن الشيخ أبي حامد انه قال فى العنب عندى ان له وردا ثم ينعقد قال المحاملى وشاهده قول الشافعى يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد وهو يشاهد من بين ذلك الورد ويرى ويتساقط عنها النور ويبقى الثمر فتكبر ولا كذلك النخل فانها لاترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة قال ابن الرفعة وقد يقال على هذا وجه المخالفة ان كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه وكمام العنب شامل لكل حبه وكذا كمام غيره من الثمار ولهذا المعني أثر يظهر لك فى بيع ماله قشران كالجوز واللوز وقد علل جعل العنب للبائع بان اشتمال كل حبة علي كمام يزايلها كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع فكذا العنب يكون له والماوردى يزعم أن العنب نوعان منه مايورد ثم ينعقد ومنه مايبدو منعقدا قال ابن الرفعة ولا أثر لهذا الاختلاف فى الحكم لأن من أثبت له نورا يقول انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم والله أعلم • واعلم ان كلام المصنف فى هذا الضرب والضرب الذى بعده يقتضى أن مايظهر بعد العقد لايكون تابعا لما كان عند العقد وانه لايكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب وهو يوافق ماتقدم عن صاحب التهذيب فى الورد والياسمين وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب فى هذا الضرب الذى بعده لم أجد فى كتب الأصحاب مايخالفه ونقل الرافعى ماقاله صاحب التهذيب عنه فى الورد والتين والعنب وقال ان الصورة الأخيرة يعني التين والعنب محل التوقف قال صاحب الوافى ولوأجرى الوجه القائل بان مايحدث من الطلع بعد ماتأبر منه البعض

العقار لايقع عليها فى المتعارف ولا يمكن أن يقال أراد بالعقار غير المنقول لأن قضيته حينئذ إثبات الشفعة في الأبنية ولأشجار وحدها لأنه كما لا يقع عليها اسم العقار لايقع عليها اسم المنقول وهى ثابتة

يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا مايحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر لأن الظاهر فى حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ولم أجد للأصحاب نصافيه غير ماذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء فى التين معتاد ثم حين بلوغ التين يؤخذ فالذى يحدث بعده لايختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك إلى الجذاذ فيصير الجميع على حد واحد فى البلوغ فيختلط ولا يتميز فاحتجنا أن نجعله تابعا وفى هذه المسألة لاحاجة الى ذلك ﴿ قلت ﴾ وهذا اعتراض وجواب جيدان وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضده ما قاله صاحب التهذيب فى الورد والياسمين ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولايتميز فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب فان التمييز بينهما بين والله أعلم •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ والثانى يخرج فى كمام لايزال عنه الاعند الاكل كالرمان والموز فهو للبائع لأن كمامه من مصلحته .فهو كاجزاء الثمرة ﴾•

﴿الشرح﴾ هذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب قال الشافعى فى الأم واذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الارنج وغيرها مما دونه قشر يواريه او ظهرت ثمرته فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع وذلك ان قشر هذا لاينشق عما فى أجوافه واتفق الأصحاب على ان الحكم كذلك فى الرمان والموز وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) ان كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف وهو الذى أشار اليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة فانه يدخر عليها فهو كالتين وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر وكلام الشافعى رضى الله عنه فيه قال ابن الرفعة ولأجله قيل انه لاتجوز المساقاة عليه وأما الجوز واللوز والرانج ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث •

• قال المصنف رحمه الله •

﴿ والثالث مايخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج فالمنصوص أنه كالرمان لايدخل فى بيع الأصل لأن قشره لاينشق عنه كما لاينشق قشر الرمان ومن أصحابنا من قال هو كثمرة النخل الذى لم يؤبر لأنه لايترك فى القشر الأعلى كما لاتترك الثمرة في الطلع ﴾•

فى الأرض فيصدق عليها أنها غير المنقول (وقوله) فلا شفعة فيه معلم - بالميم - (وقوله) لحقه الضرر فيه معناه أن المنقول لايبقى دائما والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه والشفعة تملك قهري فلا

﴿الشرح﴾ الرانج - براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم - وهو الجوز الهندى وهو النارجيل إذا علم ذلك فهذا الضرب وهو الثالث من الضرب الثالث فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان وحكم فى الجميع بأنه للبائع الا أن يشترط المبتاع و بذلك قطع صاحب التقريب لأن قشوره لاتزول فى الغالب إلا عند القطف و بعد القشرة العليا من الثمرة بخلاف الكمام فانه يعد من الشجرة و يترك الكمام عند القطع على الأشجار ونزل السعف والكرانيف وقشور الجوز ليست كذلك قال الشيخ أبوحامد (أما) الذى لاإشكال فيه فالرمان واللوز وقال فى الجوز واللوز ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تنشق القشرة الأولى فهو للبائع قال وقال أصحابنا إنما جعله بمنزلة الرمان إذا ظهرت القشرة التى تلى اللب وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب والقاضى أبوالطيب جعل الشيخ أباحامد هو المخالف فى ذلك فقال وغلط الشيخ أبوحامد فقال الجوز يتشقق قشره الفوقانى عنه و يسقط و يظهر السفلانى فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل فن لم يكن تشقق فهو للمشترى وان تشقق فهو للبائع قال القاضى أبو الطيب وهذا خلاف نصه لأن الشافعى رضى الله عنه قال تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رؤس الشجر لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه وكن ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف إلى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد وقال الرويانى إنه الاقيس وقال المحاملى فى المجموع قال الشيخ وقد ذكر الشافعى رضى الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة علياوسفلى لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره على أن له قشرة واحدة وأجراه مجرى الرمان واللوز أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة فيه إذا زالت عنه القشرة العليا و بقيت السفلى والدليل على أنه أراد هذا أنه قال دونه حائل لايزل عنه إلا فى وقت الحاجة الى أكله وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا (قلت) أما الاحتمال الاول فبعيد لأن فى مختصر المزنى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار وكذلك فى الأم وهو بعد الموضع بشىء يسير أن على الجوز قشرتان واحدة فوق القشرة التى يدفعها الناس عليه ولا يجوز بيعه وعليه القشرة العليا لأنه يصلح أن يدفع بدون العليا وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز وأما الاحتمال الثاني فهو قريب ولاياباه كلام الشافعى فان عبارته فى الام وذلك أن قشر هذا لاينشق عما فى أجوافه وصلاحه فى بقائه هذا كلام الشافعى بحروفه وليس فيها مايوجب أن يكون

يحكم بثبوته الا عند شدة الضرورة *

قال ﴿ وبالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف اصاحب السفل فانه لاأرض لها فلا ثبات * فان كان السقف لشركاء العلو فوجهان لأن السقف فى الهواء فلا ثبات له ﴾ *

المراد القشرة العليا دون السفلى بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ماليس صلاحه في بقائه لايكون للبائع الا إذا زال عنه وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيراً مايؤخذ من على الشجر مع قشرته كاللوز العاقد والرائج أيضاً كثيراً مايؤخذ في قشرته بعد نهايته بل العادة مطردة في كل ماله قشران فليس هو كثمرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص وان كان للتأويل فيه محتمل والله أعلم * واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيراً يؤكل في قشرته ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين لانه مقصود كالب سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الاصل فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيراً فانه يؤكل كله ولا ينقطع من التبعية حتي يظهر من اللوز والله أعلم * وقد نقل إمام الحرمين عن العراقيين ماذكرناه عن الشيخ أبي حامد وذكر عن صاحب التقريب خلافه وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك إلى العراقيين وقد عرفت كلامهم وأكثرهم ونص الشافعي علي خلاف ذلك وأورد ابن الرفعة على أبي حامد أنه يقول بأن ماله نور يكون للبائع بخروج نوره وهذا منه فاذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى قال إلا أن يقال في الجواب ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور والجوز ليس كذلك فان البندنيجي قال إنه يورد أولا ورداً لاتخرج الثمرة من جوفه بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول مايطلع وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنيجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

{ والرابع مايكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق والقاضي أبو حامد هو كثمرة النخل إن تناثر عنه النور فهو للبائع وان لم يتناثر عنه فهو للمشتري وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة فكان في الحكم مثلها وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو للبائع وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر واستتارها بالنور

الشرط الثاني كونه ثابتا وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة أو غرفة عالية مبنية على سقف لاحدهما أو لغيرهما فاذا باع احدهما نصيبه فلا شفعة لشريكه لأنه لاأرض لها ولا ثبات فهو كالمنقولات ولو كان السقف المبني عليه مشتركا بينهما فعلى وجهين نقلهما ههنا وفي الوسيط

كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الابيض ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور ﴾

﴿ الشرح ﴾ النور الزهر على أى لون كان وقيل النور ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر (أما) الأحكام فاذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والأجاص والخوخ والكمثرى (١) والمشمش وما جرى مجراه مما يخرج فى نور ثم يتناثر عنه النور فالمشهور أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهى للبائع إلا أن يشترط المبتاع وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهى للمشترى لأن الثمرة مغيبة فى الورد وتظهر بعد تناثره فهى فى ذلك كثمرة النخل فى التأبير وعدمه وهو ظاهر قوله فى البويطى لأنه قال فى آخر باب السلف قبل باب الوديعة وحكم الابار فى التفاح واللوز والفرسك إذا خرج منه وتحبب ونقل ذلك عن أبى إسحاق المروزى فى الشرح والقاضى أبى حامد فى جامعه وأبى على بن أبى هريرة وهو اختيار القاضى أبى الطيب كما قال المصنف قال فى تعليقه وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراينى فقال ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة واحتج بأن الشافعى رضي الله عنه قال حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى فى أول ماتخرج كما ترى فى آخره فهو فى معني ثمرة النخل بارزاً من الطلع وغلط فيه لأن هذا أراد به مالا ورد له مثل العنب والتين لان هذا هو الذى يخرج بارزاً وأما مايخرج فى الورد فليس ببارز وانما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل انتهى كلام القاضى والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لايسقط كمامه فطلوعه كابار النخل لانه ظاهر وهذا انما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه فان منطوقه يدل على أن مالا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لاتسقط كالموز والرمان فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق بل قد يقال إنه يدل للشيخ أبى حامد لاطلاقه أن مالا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير والذي يخرج في نور لا كمام عليه وان كان مستتراً بالنور غير أن هذا يبعده قوله كما هو فانه يشعر لا شىء عليه من كمام ولا غيره وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضي أبى الطيب فقال ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحق وأبو علي بن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر

(١) بياض بالاصل

(أحدهما) أن الشفعة تثبت للاشتراك فيهما أرضاً وجداراً (وأظهرهما) المنع لأن السقف الذى هو أرضه لاثبات له أيضاً وما لا ثبات له فى نفسه لايفيد ثباتاً لما هو عليه ولو كان السقف مشتركاً بين اثنين والعلو لاحدهما فباع صاحب العلو العلو ونصيبه من السفل ففيه للقفال جوابان (احدهما) أن الشريك

المذهب والأشبه بالسنة أن الانوار اذا ظهرت للبائع الا أن يشترط المبتاع كالطلع اذا تشقق أوأبر وذكر كلام الشافعي رضي الله عنه الذي تقدم ثم قال وأمامعنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام «من ابتاع نخلا قدأبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» لما جعل ثمرة النخل للبائع اذا ظهر عند الطلع وذلك الظاهر نور يتفتح فاذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك وفيه نظر انتهي كلامه والحق انه لاحجة له فى كلام الشافعي فان الشافعي رضي الله عنه انما حكم بذلك فى الثمرة التى تخرج بارزة ترى فى أولها كما ترى فى آخرها ومايخرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى فى آخره فكيف يحمل عليه أويقال إنه مندرج فيه وما استدل به من الحديث ومأشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل بعد التابير بماعليها من القشر الابيض فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط فان الشيخ أباحامد يقول ان ثمرة النخل بالتأبير لاتظهر وانما يظهر مايجرى مجرى ورد سائر الاشجار لانه اذا تشقق الطلع ظهر مافيه مثل الليف وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة وانما الثمرة فى جوف ذلك الحب ترى مثل الشمرة كما ترى ثمرة سائر الاشجار من بين الورد فان كان الامر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذي نحن فيه ترى من بين الورد وان ثمرة النخل مثلها فينبغى أن يكون الحق معه والا فالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه وهذا ليس اختلافا فى فقه بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الابيض وبالنور ماحكيناه عن الشيخ أبي حامد والا فظاهره أنها مستترة كلها وذلك مخالف ماتقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها و بعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها والذى صححه الرافعى فى ذلك أنها للمشترى هكذا للمحرر والروضة و يشعر به كلامه فى الشرح وقال ان الآخر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب وجعل أكثر الأصحاب الضابط فى ذلك تناثر النور كما تقدم وقال القاضى حسين عن الاصحاب ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ثم تنعقد الحبات كالمشمش والخوخ والتفاح ونحوها قال فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الاصل فى البيع واذا انعقدت حباته لايتبع الاصل فى البيع مطلقا ولايدخل الابالشرط وكن االقاضى أخذ ذلك عن القفال فان الروياني حكى عن القفال انه إذا تحببت ثمارها فهى للبائع وان كان النور باقيا عليها وان لم تتحبب فالنور كالورق * هذه عبارته

يأخذ السفل ونصف العلو بالشفعة لأن الأرض مشتركة بينهما وما فيها تابع لها الا ترى أنه يتبعها فى بيع الأرض عند الاطلاق فكذلك فى الشفعة (وأصحها) وهو الذى ارتضاه الشيخ أبو على أنه لايأخذ الا السفل لان الشفعة لا تثبت فى الارض إلا إذا كانت مشتركة فكذلك فيما فيهامن

ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه (الاول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبي حامد (والثانى) أن الاعتبار بالتحبب وهو قول القفال (والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور وهو المذهب لقول الشافعى رضى الله عنه فى البويطى إذا خرج من النور وتحبب وقد يقال ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر فذكر التناثر يغنى عنه وفى البحر أن الأصح ماقاله القفال رضى الله عنه وكذلك قال الخوارزمى فى الكافى انه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى فى المجموع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد وأنها ليست مذكورة فى التعليق الأخير عنه وهذا عجب من ابن الصباغ فان شيخه أبا الطيب ذكرها عنه فكان ذكرها من جهته أولى وهى فى التعليقة الموجودة عندنا وأما عدم ذكرها فى التعليقة الاخيرة فيدل (تنبيه آخر) أكثر الاصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم الذى نحن فيه وتكلموا فيها كلاما واحداً كما تقدم وامام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشترى فى مطلق البيع والتفاح والكمثرى وما فى معناه مما لاتحتوى أزهاره على الثمار ولكنها تطلع والثمرة دونها قال فما كان كذلك مال العراقيون إلى أنه للبائع ومن أصحابنا من قال للمشتري لعدم الانعقاد قال وهذا هو الذى ذكره الصيدلانى وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الاصحاب ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى فانه جعل حكم الابار فى التفاح والفرسك شيئاً واحداً والفرسك هو الخوخ والامام قد جعل حكمه مخالفاً لحكم التفاح ثم ان الامام نقل مثل العراقيين إلى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشترى إلا الشيخ أبا حامد ولعل الامام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك إلى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز *

(فرع) قال القاضى الماوردى ان الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد ومنه ما يبدو حباً منعقداً وقد تقدم الكلام فى ذلك وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذى النور قال تاج الدين عبد الرحمن والمشاهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الرمان فان نوره لايكون سابقاً له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا وقال الرافعى أن الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور وما ذكرناه من الحكم فيما إذا بيع الاصل بعد تناثر النور عنه فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه يعني إما أن

الابنية ولا شركة بينهما فى العلو * ولوكانت بينهما أرض مشتركة وفيها أشجار لاحدهما فباع صاحب الاشجار الاشجار ونصيبه من الارض ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل ولك أن تقول اسم العقار اما أن يقع على الابنية بقطع النظر عن الارض او لا يقع إن وقع كان الضابط المذكور متناولا للابنية

يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر فكلام الرافعي موافق للماوردي في أن الرمان له نور ولعله نوعان كالكرم وأطلق المتولي القول بأن العنب حكمه حكم النخيل قال وان كان علي حبه قشر لطيف يتفتق عنها ويخرج منها نور لطيف لأن مثل ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله ﷺ للبائع وهذا ملاحظه منه للمعني الذي لحظه أبو حامد فيما مضي وصاحب التتمة مال إلي موافقته فيه أيضاً وقال ان ثمرة هذه الاشجار تكون تحت غطاء ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذي حكى كلام أبي حامد فيه ومال الى موافقته وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والأجاص قال فقبل ان يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام *

﴿ فرع ﴾ تقدم في كلام الشافعي المحكي عن البويطي عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجي بذلك علي قول الاصحاب ان اللوز كالجوز قال وهو سهو نهم فيه قال ابن الرفعة (فان قلت) هل للشيخ أبي حامد جواب عن نصه في البويطي (قلت) لعله يقول اللوز نوعان منه ما ينشق عنه قشرة الأعلى على الشجر وهو المذكور في الأم ومنه مالا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور في البويطي وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الاسفل ولا كذلك غير الفرك *

﴿ فرع ﴾ إذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة وظهر مافي ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأبير قاله صاحب البيان يشير إلى الوجهين المتقدمين عن ابن أبي هريرة وغيره وأنه لافرق في ذلك بين النخل وغيره * قال المصنف رحمه الله *

﴿وان باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء دخل الأصل في البيع وما ظهر منه فهو للبائع ومالم يظهر فهو للمشتري كالأشجار وان كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر ﴾*

وحدها فلتكن مأخوذة بالشفعة وحدها ان لم يقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العقار فلا حاجة الى ذكر قيد الثابت *

قال ﴿ واحترزنا بالمنقسم عن الطاحونة والحمام و بئر الماء وما لا يقبل القسمة إلا بابطال منفعته المقصودة منه فلاشفعة فيها (ح و) اذا ليس فيها ضرر مؤنة الاستقسام وتضايق الملك بالقسمة ﴾*

﴿ الشرح ﴾ الرطبة ـ بفتح الراء ـ وفى كتاب ابن البردى عن شيخة أبى الغنائم ـ بضم الراء ـ وهو غلط وهو القضب وهو القت * (أما) الاحكام فقال أصحابنا الزرع والنبات اسم لكل ماينبت من الارض و ينقسم إلى قسمين أصل وغير أصل فالاصل ضربان شجر وغير شجر فغير الاصل هو الزرع و بعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر فالشجر على ثلاثة أضرب مايقصد منه الورد أو الورق أو الثمر وقد مضى حكمها وأقسامها والنخل والكرسف داخلان فى التقسيم وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل فالضرب (الاول) الاصل وهو مايحمل مرة بعد أخرى (والثانى) هو الزرع هكذا قسم الشيخ أبو حامد وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لايحمل إلا مرة وهو ظاهر وكذلك يقتضيه إيراد جماعة وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين فجعل ماله ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالى وأصول البقول كالأشجار وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب مايثمر مراراً كالنرجس وما يجز مراراً كالنعنع وما لايجز مراراً وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة وكلام الشافعى رضى الله عنه فى المختصر يشهد لذلك فانه أطلق الزرع على الضربين الاولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى فى إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع و بحسب العرف قد يقال إنه لايصدق عند الاطلاق الا على الاخير والامر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ (وأما) المعنى والاحكام فالاضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الاول وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله وأما فى كون ماظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى فان ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته المشترى وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع وما لم يظهر للمشترى ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الاقسام ثلاثة كما ذكرها البغوى والرافعى وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها (القسم الاول) الاصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب التهذيب

الشرط الثالث كونه منقسما وفى ثبوت الشفعة فى العقار الذى لاينقسم اختلاف مبنى على أن الشفعة لم تثبت فى المنقسم وفيه وجهان (احدهما) أنها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم كتضييق المدخل والتأذى بحرفة الشريك وأخلاقه او كثرة الداخلين عليه وما أشبههما (وأصحهما) أنها تثبت

من ذلك الموز والكرسف الحجازى فاما الكرسف الحجازى فقد أفرده المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضاً فى القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم وهو الاقرب فانه شجرلغة وعرفا والكلام الآن فى النبات الذى لايسمى شجراً فلا يحسن عد الموز فيه * إذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة فمنها مالا تخرج ثمرته إلا ظاهرة كالبنفسج فان ورده أشبه الاشياء بالياسمين ليس فى كام فان كان قد ظهر من ورده شيء فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع هكذا صرح به الشيخ أبوحامد وفى معني ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان اذ لافرق بينهما وأما النرجس فانه كالورد الابيض والاحمر يخرج عنه أوراق خضر لايظهر منه شيء ثم ينفتح فان كان قد تفتح منه شيء فان ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع وأما أصوله ففيها الطرق السابقة في الاشجار حرفا بحرف سواء فى ذلك ماظهر منها على وجه الأرض وما بطن فحينئذ حكم هذا القسم فى تبعية الاصول للارض وفى حكم الثمار حكم سائر الاشجار هذا هو المشهور وحكي الرافعى وجهاً فى النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشمير وحكاه الروياني فى البنفسج وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور فى النرجس وقال هذا كلام من لم يعرف النرجس فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانما يحول من موضع الى موضع فى كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف فى هذا القسم والذى بعده أن بيع الارض صحيح وليس كبيع الارض المزروعة زرعا يحصد مرة واحدة كما سيأتى فى القسم الثالث وممن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة (القسم الثانى) وهو بعض القسم الاول فى كلام المصنف الاصل الذى ليست له ثمرة بعد ثمرة ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي وأشجار الخلاف التى تقطع من الأرض كل مرة والرطب وهي القضب ويسميها أهل الشام الفصة - بالصاد المهملة - والقت - بالتاء المثناة - وهو القرط قال الازهرى هو القت الذى تسميه أهل العودى[1] وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران وكلام النووى يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شيء واحد ولذلك صرح به القاضى أبو الطيب ولكنه بلغة العراق الرطبة وبلغة أهل بلادنا القرط وبلغة الشام الفصة والصواب أن القت والرطبة شيء واحد وان القرط الذى ببلادنا شيء آخر والرطبة توجد أيضا فى بعض بلادنا والله أعلم * وفى هذا القسم اذا باع الارض وفيها شيء من ذلك الظاهر على الارض فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع لا خلاف فى ذلك لانها ظاهرة فى الحال

(١) كذا بالاصل

لدفع الضرر الذى ينشأ من القسمة من بذل مؤنتها والحاجة الى افراد الحصة الصائرة له بالمرافق الواقعة فى حصة صاحبه كالمصعد والمبرز والبالوعة وغيرها وكل واحد من الضررين وان كان واقعا قبل البيع لكن من رغب من الشريكين فى البيع كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو فيه ببيعه منه فاذا لم

لاترادللبقاء فلم تدخل فى البيع الابالشرط كالثمرة المؤ برة وفى دخول أصولها الكامنة فى الأرض فى بيع الأرض الخلاف الذى فى الاشجار هكذا ذكره العراقيون والصيدلانى وغيرهم وعن الشيخ أبى محمد الجوينى القطع بالدخول هنا والفرق بينها و بين الشجر أن هذه كامنة فى الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الاشجار فانها بادية ظاهرة مفارقة الأرض فى صفتها هكذا حكى عنه فى النهايه والبسيط والشرح ووقع فى الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بانه كالدرع يعنى فلا يدخل وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبى محمد قال ابن الرفعة ولوصح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال فى الفرق بينه و بين الشجر أن مدة ابقائه فى الارض قد تعلم فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر وأيد ذلك بالوجه الذى حكاه الرافعى فى البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير اذلا يظهر فرق بين هذين و بطريقة حكاها الماوردى فى البطيخ ومايوجد مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد أنه كالزرع فيكون للبائع قال فقد يحصل لما فى المسألة ثلاثة أوجه (قلت) يعنى ثلاث طرق القطع بالدخول والقطع بعدم الدخول واجراء الخلاف والله أعلم ولكن شرط إثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التى فى الوسيط الى قائل والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها مافى البسيط والنهاية وقد رأى الامام أن القياس طريقة إجراء القولين وخالف مانقله عن والده قال اذلايلوح فرق بينها و بين الغراس والأبنية وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر نعم مقتضى الوجه الذى نقله الرافعى فى البنفسج والنرجس انه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ماعندى إلى الشيخ أبى محمد من جعلها كالزرع (فان قلنا) بأن الاصول لاتدخل فى بيع الارض فهى باقية على ملك البائع والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة والكلام فى وجوب تبقيتها كما تقدم فى الاشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ماهو ظاهر منه لأنه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع وتبعه على ذلك الرافعى ولم يذكر فيه خلافا والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى والقاضى حسين أن البائع يطالب بجدها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أوان الجذاذ لأن تركها يؤدى الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع فى العقد بل زاد الماوردى على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل ينتظر به تناهى جذاذه (أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت

يفعل سلطه الشرع على أخذه (فان قلنا) بالمعنى الأصح انه لم تثبت الشفعة فيما لم ينقسم لأنه يؤمن فيه غرر القسمة وهذا هو الذى أورده فى الكتاب (وان قلنا) بالثانى ثبتت الشفعة فيه ويحذف هذا الشرط الثالث و به قال أبو حنيفة وابن سريج وهذا المذهب الثانى ينسب الى تخريجه واختاره أبو خلف

العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع مابعد تلك الجذة بكمالها للمشترى قال وهذا قول من زعم أن ماأطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر والوجه (الثانى) أنه لاينظر به كمال جذاذه بل يكون للبائع ماظهر منه وقت العقد وليس له حق فى غيره و به قال أبو اسحاق المروزى و يؤمر بجذاذه وان لم يستكمل و يكون الاصل الباقي ومايستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للاصل وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأبر وهذا البناء الذى أشار اليه الماوردى يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد الاسفرايني والرافعى أن القلع لايجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة لأن الصحيح عندنا أن ماطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع فيكون للبائع وان كان الأصح عند الماوردى أنه للمشترى ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لايجب القطع الا أن يسلم البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا وهو نهاية ذلك الحمل الذى اطلع بعضه وأبر وجرت العادة بالتلاحق فيه بخلاف الرطبة فانها كلها كالحمل الواحد وقد نص أبو حامد فى تعليقه على هذا الفرق لكن فى التبعية فقال ان للطلع حدا ينتهى اليه وليس للرطبة حد هذا فرق الأصحاب وفرق من عند نفسه بفرق آخر وهو أن لامنفعة للمشتري فى قطع الثمرة والبائع منفعة فى قطعها والرطبة فى قطعها فائدة وللمشترى وفى تركها فائدة للبائع لأنها تزيد انتهى وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعى لم يلاحظوا فيه الوجه الذى نقله الماوردى من أنه ينتظر به تناهي جذاذه فان قلنابه فلايجب القطع أصلا هو بتعليله مصادم لقول أبي حامد أنه ليس للرطبة حد توجد عليه (وان قلنا) انه ليس للبائع الاما كان ظاهراً فيجب القطع واما كونه يشترط شرطه فى العقد فقد يقال انه لاحاجة الى ذلك لانه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا حاجة الى شرطه فأنا انما يشترط القطع فى الثمار لأن مقتضى الأطلاق فيها الابقاء وهذا هو الاقرب الى كلام الرويانى فانه قال اذا باع الارض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع بالاطلاق العقد وعلى البائع نقله فى الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره و يحتمل أن يقال لابد من شرط القطع كما أنه لابد من شرط القطع فى بيع الثمرة التى يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ماسيأتى ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره و بين اختلاط ثمرة المبيع بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الأأن يقال ان الثمرة هي المقصود الأعظم من الشجر أوكل المقصود وأما أصل الرطبة الموجود فى الارض فليس هو كل المقصود من

السلمى والقاضى الرويانى ومنهم من يجعل هذا الخلاف قولين و يقول الجديد منع الشفعة وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف وعن مالك وأحمد اختلاف رواية فيه أيضاً والظاهر المنع والمراد من المنقسم ماإذاطلب أحدالشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وفى ضبطه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه الذى لاتنتقص

الارض ولامعظمة وسأجمع ان شاء الله هذه المسائل جملة فى آخر الباب عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم فى هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع فى العقد وهو ماقاله البغوى والرافعي (والثانى) لايجب ولا يكلف به الا أن تتكامل الجذة فتكون كلها للبائع (والثالث) ان البائع يكلف القطع حال العقد ولا نقول ان شرط ذلك واجب فى العقد وهو مقتضى كلام أبى حامد وأبى الطيب والمتولى والروياني فان لم يجذ البائع حتى زادت فى ملك المشترى واختلطت فيخرج على القولين في الاختلاط قاله الفورانى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ بني الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذراً لم يظهر بعد قال فمن انتظر بها تناهي الجذاذ جعل ماينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ومن لم ينتظر به التناهى وجعل حق البائع مقصوراً على ماظهر جعل البذر وجميع مايظهر من نباته للمشترى ولك أن تقول الموجب لانتظار تناهي الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها فينبني الجزم بأنها تكون للمشترى كالثمرة غير المؤبرة لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الام إذ قال وان كان البائع قد أعلم المشترى أن له فى الأرض التى ابتاعها بذراً سماه لايدخل فى بيعه فاشترى على ذلك فلا خيار المشتري وعليه أن يدعه حتى يصرم فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتي تصرمه ثم كان للمشترى أصله ولم يكن البائع قلعه ولا قطعه وان عجل البائع فقطعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف وهو لمن وجد ثمرة غضة فليس له أن ينتظر أخري حتى يبلغ لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله والجذة الأولى للبائع يشمل بعمومه ما اذا كان منها شيء ظاهر وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الاصحاب بعد حكايته نص الشافعى كانه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى فاذا نص الشافعى واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثني ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى لانه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الاصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وانه ليس الا الجذة الاولى فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع ان الجذة الاولى له ففيه نظر

القسمة قيمته نقصانا فاحشا حتي لو كانت قيمة الدار مائة ولو قسمت عادت قيمة كل نصف الى ثلاثين فلا تقسم لما فيها من الضرر (وثانيها) أنه الذى يبقى منتفعا به بعد القسمة بوجه ما أما ما لا يبقى منتفعا به بحال اما لضيق الحطة او قلة النصيب او لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كما سراب القنا فلا يقسم (واصحها) أنه الذى إذا قسم أمكن ان ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ولا عبرة بامكان الانتفاع به من وجه

يحتمل أن يقال بالصحة كما لو استثني الثمرة غير المؤبرة و يحتمل أن يقال بالفساد فانه قد لايتميز حق البائع من حق المشترى بخلاف الشجر مع الثمر فانهما متميزان وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب والصحيح المشهور أن البذر وجميع مايظهر من المشتري ومن الواضح ان صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها فليس على الأرض منها شيء ظاهر يقال انه للبائع وما في بطنها من العروق جزم القاضي أو الطيب بدخوله في البيع وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس إجراؤهما هنا أيضا وان كان الاصلح أن ذلك للمشتري لانه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع ماليس بظاهر *

﴿ فرع ﴾ إذا كان في الارض أشجار خلاف يقطع من وجه الارض كل مدة قال صاحب التهذيب حكمها حكم القصب الفارسي وقال الرافعي حكمها حكم القصب والمراد واحد وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه (أما) إذا كان فيها جذوع خلاف عليها قوائم فهي بمنزلة أغصان سائر الأشجار *

﴿ فرع ﴾ إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهراً عند العقد من البقول (إما) على مااختاره الرافعي رضى الله عنه من وجوب شرط القطع (وإما) على الوجه الثالث قال صاحب التتمة ثم الرافعي عنه أنه لافرق بين أن يكون ماظهر قد بلغ أو ان الجذ أو لم يكن وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لانهما لم يذكرا الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي واستثنا من ذلك القصب فانه لايكلف قطعه إلا أن يكون ماظهر قدراً ينتفع به وكذلك قال الشيخ أبو حامد القصب الفارسي اذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة وهو زمان الشتاء فانه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ولا يصلح لشيء وكذلك الروياني والجرجاني قالا إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته لأن له وقتاً يقطع فيه ولك أن تقول إشكالا على الرافعي انه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به ومالا ينتفع به أو لا فان كان عاما فيجب الوفاء به وان كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل مالا ينتفع به والقول بوجوب شرط القطع فيما لاينتفع به بعيد ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط

آخر للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع * إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طاحونة أوحمام أو نهر أو بئر فباع أحدهما نصيبه نظر ان كانت الطاحونة كبيرة يمكن ان تجعل طاحونتين لكل واحد حجران والحمام كثير البيوت يمكن أن يجعل حمامين أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين والبئر واسعة يمكن أن يبني فيها فتجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيها المستقي ويلقى فيه ما يخرج

القطع إذا كن المقطوع مما ينتفع به (فإن قلت) ذلك لأن المنفعة شرط فى المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت) لكنه فيه إضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك نعم قد يقال إن هذا يجب قطعه وان لم يشترط لأنه يصير فى ملك المشترى على أصله فلا يلزمه إبقاؤه واذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع فقد يكون له غرض فى اغتفار ذلك بازائه وهذا الاشكال (الثانى) بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد لكن الشيخ أبا حامد ليس فى كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب فلعله يقول به فى كل ما لا ينتفع به إذا قطع بخلاف صاحب المتمة فان ظاهر كلامه الفرق بينه و بين الزرع فى ذلك وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المتقدم جواب عن ذلك من قوله إن القصب وقتاً يقطع فيه فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب إبقاؤه لما قدمه الروياني فى الفرق من المعني أن له وقت نهاية والرطبة ليس لها وقت نهاية لكن ذلك بعيد لأن كلا من الرطبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه في العادة و يزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئاً والله تعالى أعلم *

﴿ فرع ﴾ من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ومنه ما يبقى سنة واحدة يجىء مدة بعد مدة فى السنة قال الشيخ أبو حامد حكم هذا عندى حكم الزرع كله البائع إلا أن يشترط المبتاع فهذا ذكره الشيخ أبو حامد فى هذا القسم الثانى وهو ما يجذ مرة بعد أخرى وذكر الماوردى فى نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه فى حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر وللمشترى الأصل وما يظهر (والوجه الثاني) وهو قول البصريين أنه فى حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد وان تفرق لقاط ثمره والشجر ما بقى أعواما والحق به ما بقى أعواما كالعلف ولم يلحق به ما بقى عاما واحداً والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير وما يبقى سنين ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه فى الأم وحكى مع ذلك ما قاله الماوردى *

﴿ فرع ﴾ ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين فى الأرض (الثانى) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحداً (الثالث) أصل

منها ثبتت الشفعة فيها وان لم يكن كذلك وهو الغالب فى هذه العقارات فلا شفعة فيها على الاصح وهذا جوابه على أصح الوجوه فى معنى المنقسم أما اذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفى ان يصلح لكل سهم من الحمام بعد القسمة للسكنى فان اعتبرت القسمة لم يخف حكمه * ولو اشترك اثنان فى دار صغيرة

له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين فى الأرض (الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى فى عام واحد وهذا هو الذى نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبى حامد وما ذكره الماوردى فى القسم الثالث من الخلاف يأتى فيه إذ لافرق بينهما والله أعلم * وهذه الأقسام الأربعة كلها فى القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التى ذكرها فالبنفسج والنرجس من القسم الأول والبطيخ والقثاء من القسم الثانى والنعنع والهندبا والرطبة منه مايبقى سنين في الأرض فهو من القسم الثالث ومنه مايبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها فهو من القسم الرابع والله عز وجل أعلم *

(فرع) الموز أصله لايحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك فاذا باع الارض وفيها شجر موزفلا شك أنه إذا كان عليه ثمر يكون التمر للبائع فقد مر ذلك فى كلام المصنف والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل فى بيع الارض كما يدخل الشجر أولا وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده فى القسم الاول وأن الاصول تدرج على أصح الطرق كالشجر وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه والذى قاله الماوردى أن الأصل الموجود وقت العقد لايدخل فى البيع كالزرع لأنه لايبقى بعد سنة والفرخ الذى يستخلف كالشجر يدخل فى البيع (قلت) وقوله إن الفرخ يدخل فى البيع إن فرض فى فرخ يحدث بعد البيع فلا معني لتشبيهه بالشجر ولا يقال إنه دخل فى عقد البيع بل ذلك كسائر مايحدث يستحقه المشترى بحكم الملك لابحكم الدخول فى العقد وان فرض فى فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال ينبغى على قوله أن لايدخل لانه لايبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع وقد قال الشافعى فى الام بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب إذا باع أرضاً وفيها موز قد خرج فله ماخرج من الموز قبل بيعه وليس له ماخرج مرة أخرى من الشجر الذى تحت الموز وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع فيقطع ويخرج فى الذى حولها وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع وما يحدث بعده للمشترى وهذا صحيح لا إشكال فيه وليس فيه مايشهد لما قاله الماوردى ولا لما قاله صاحب التهذيب فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ويحتمل أن

لاحدهما عشرها وللآخر باقيها فان حكمنا بثبوت الشفعة فيما لاينقسم فايهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة وان حكمنا بمنعها فان باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لأنه أمن من أن يطلب مشتريه القسمة لأنه لافائدة له في القسمة وبتقدير أن يطلب فلا يجاب لأنه متعنت مضيع ماله واذا كان كذلك فلا يلحقه ضرر قسمه وان باع صاحب النصيب الاوفر نصيبه ففى ثبوت الشفعة لصاحب

يكون مراده به الشجرة نفسها وان كان خارجا منها يكون للبائع وما نبت من فراخها يكون للمشترى فيوافق كلام الماوردى وهو الذى فهمه ابن الرفعة ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله لكنه يؤخذ من كلام الشافعى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى لقوله إن ماخرج مرة أخرى ليس للبائع فان كان مراده الفرخ فذاك وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة المشترى أن يكون الاصل له وهذا لاشك فيه فى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر فى الارض يدخل فى بيعها لان الفرخ الذى حكمنا بكونه للمشترى يثبت منه (وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو يبنى على الاحتمالين اللذين ذكرتهما فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى قوله فله ماخرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها وكلام الجوزى يشهد للتفسير الأول فانه قال فى معرض نقل كلام الشافعى فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ماخرج من الموز وليس له مايخرج بعد ذلك ولاما لاتخرج أولاده التى الى جنبه فقوله ولاماتخرج أولاده يدل على أن الكلام فى الثمرة فان الحقنا ذلك بالرطبة اقتضي أن لايدخل شيء مما ظهر فى البيع لاالأم ولافراخها كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لاتجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردى فى باب المساقاة وان الحقناه بالشجر اقتضى دخولها وقد يقال تلحق الام بالرطبة لقرب قطعها وأما الفرخ فانه يقصد بقاؤه حتي تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر فى كونه مقصود البقاء والأم لاتدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردى فنظرت فى هذه الاحتمالات الثلاث أيها أرجح فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ كما قاله صاحب التهذيب فان الذى بلغنى من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطبة فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فاذا تكامل حمل الشجرة الاصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هى وتتساقط بنفسها الى الارض فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز وهكذا على الترتيب لابد من بقاء الأم لتربية أولادها ولايبقون من أولادها الا واحداً ويقطع الباقى لئلا يضر بامه ويشرب ماءها فاذا علمت

العشر وجهان بناء على أن صاحب النصيب الاوفر هل يجاب اذا طلب القسمة لأنه منتفع بالقسمة (والظاهر) انه يجاب ولو كان حول البئر بياض وأمكنت القسمة بان نجعل البئر لواحد والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه أو كان موضع الحجر فى الرحا واحداً ولكن لها بيت يصلح لغرض آخر وأمكنت القسمة بأن يجعل موضع الحجر لواحد وذلك البيت لآخر ليزرعه فقد ذكر جماعة من

أن شجرة الموز لايمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها وان فرخها لاينتج بدونها ظهر لك الفرق بينها و بين الرطبة فانه لوقلنا للبائع أن يقطع ماظهر من الموز و يبقى الجذر فى الأرض وحده ثم ينبت بعد ذلك منه شئ لم ينتفع به المشترى فلايمكن القول بعدم دخولها فى البيع لذلك ولذلك لايمكن القول بعدم دخولها فى الام ودخول الفرخ لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ فلابدمن ابقائهما وهو قول صاحب التهذيب والله أعلم * والظاهر أن مراد الماوردى بالفرخ الذى يكون للمشترى ماحدث بعد البيع وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخـل فى العقد توسعا فى العبارة ووقع فى كلام الماوردى أن الفرخ يحمل فى العام القابل وقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لايقيم سنة بل تارة تكون اقامته شهرين وتارة أكثر من ذلك فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع وان كان لايراد حول كامل وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم لان له أصلا ثابتا ولايحمل الامرة و يستمر جذره فى الارض سنين ولايجذ كالرطبة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لوكان فى الارض جزر أوسلق أوثوم أو فجل أو بصل قال صاحب التهذيب لايدخل شئ منها فى بيع الارض يعني و يكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى وهو الزرع الذي لايحمل الا مرة وكذلك الرافعي الاأنه لم يذكر البصل ولو باع أرضافيها جزر أوفجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الأفصاح وجهين (أحدهما) لايجوز (والثانى) يجوز تبعاً *

﴿ فرع ﴾ هذه الاحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشترى ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فللمشترى الفروع والعروق قاله صاحب التتمة وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق لايدخل ماظهر منها و بين الشجر بأن هذه لاتراد للدوام وهى نماء ظاهر فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تراد للدوام فاستوي فرعها وأصلها وصار الجميع للمشترى (القسم الثاني) من كلام المصنف وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا مالا يحمل الامرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان فلاخلاف أنه لم يدخل فى الارض الا بالشرط لما ذكره المصنف والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع» [1] وقوله نماء ظاهر احترازمن الطلع الذى لم يؤبر (وقوله) لايراد للبقاء احترازمن الغراس اذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب

(١) بياض بالاصل

الاصحاب أن الشفعة تثبت وأن البئر والحالة هذه من المنقسمات وهذا جواب على جريان الاجبار فى هذا النوع من القسمة وفيه خلاف على أنه لايشترط فيما يصير لـكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذى كان ينتفع به قبل القسمة (وقوله) فى الـكتاب وبئر الماء ليس مذكوراً للتقييد بل بئر الماء وسائر الآبار فى الشفعة واحدة (وقوله) الا بابطال منفعته المقصودة اشارة الى الوجه الاصح فى ضبط المنقسم

والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستبقاة لكامل المنفعة لم تجنى وهى داخلة فى البيع فهلا كان الزرع مثلها (قيل) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الاصل المبيع والزرع مستودع فى الارض بفعل الآدمى ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لانه خلقة فى الارض ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها * واعلم ان الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لانه نبات لا يحمل الامرة واحدة لكن لا قائل بأن جذره الثابت فى الارض لا يدخل بخلاف الحنطة والشعير فالمراد حينئذ بهذا القسم مالا يحمل الامرة وليس له أصل ثابت فى الارض وبذلك يخرج الموز فان له أصلا ثابتا منه تنبت الفراخ وعلي هذا ينبغى أن يقال فى القسيم الحاضر النبات اما أن يكون له أصل ثابت فى الارض أولا فالاول اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز أو مرات فأما فى عام واحد كالبطيخ أوفى أكثر كالرطبة وسائر مايجذ ويثمر مرات والذى لا بقاء لاصله هو الزرع كالحنطة والشعير وشبههما أو نقول النابت اما أن يثمر ويجذ مرات أو مرة واحدة فالاول اما فى عام واحد أو فى أعوام والثانى اما أن يبقى أصله كالموز أولا يبقى كالحنطة والشعير *

* قال المصنف رحمه الله *

﴿ وفي بيع الارض طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان لانها فى يد البائع الى ان يحصد الزرع فكان فى بيعها قولان كالارض المستأجرة ومنهم من قال يصح بيع الارض قولا واحدا لان المبيع فى يد المشترى وانما يدخل البائع للسقى أوالحصاد فجاز بيعه قولا واحدا كالامة المزوجة ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ الطريقان مشهوران والاولى منسوبة الى أبى اسحق المروزى وجمهور الاصحاب على الطريقة الثانية وهى التى صححها الرافعى وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع وعلى بيع الأمة المزوجة وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل البيع على أحد القولين ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولا واحداً وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان فى معني تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ألا ترى أن بيع الدار التى استحقت المعتدة سكناها إذا كانت العدة معلومة كالاشهر فيها قولان واذا كانت مجهولة كالحمل والاقراء بطل قولا واحداً وذكر ابن الرفعة سؤالا قد يعترض به علي هذا وهو أن لأبى إسحق

(وقوله) فلا شفعة فيهما معلم ـ بالحاء والواو ـ ويمكن أن يعلم ـ بالميم والألف ـ لاحدى الروايتين عنهما (وقوله) اذ ليس فيها ضرر مؤنة الانقسام الى آخره معناه أن هذا هو المقتضى للشفعة فى المنقسم وأنه غير موجود واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين يلزم المنع فى غير المنقسم أيضاً لانتفاء أحد المعنيين *

أن يقول مدة الزرع وان لم تعلم يقيناً فالعرف الغالب يضبطها فان فرض مخالف فنادر وزمنه يسير مغتفر والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشترى ولهذا نقول على طريقة قاطعة لايصح وان كانت عدتها بالأشهر وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة فى الاقراء والحمل فانه لايصح بيع الدار التى استحقت سكناها للعدة وان كانت العادة تضبطها فلما لم يغتفر ذلك كذلك لايغتفر مثله فى مدة الزرع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر إلى آخره لايحسن فان الكلام إنما هو فى القطع بالفساد ولا يجوز أن تكون العلة فى ذلك ماذكره والا لقطعنا بالفساد فى دار المعتدة بالأشهر فمستند القطع بالفساد فى دار المعتدة بالاقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة (وأما) قوله ان المنافع تكون عائدة للمشترى فاعلم أن المنقول فى توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة فانه لوماتت كانت منافعها للزوج فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثني منفعتها لنفسه مدة معلومة والظاهر فيه البطلان والذى يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً أو ورثته إن كان ميتاً فاذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الاشهر على الزوج أو ورثته ولا تكون للمشترى وانما تكون للمشترى لونزلنا استحقاق المعتدة منزلة استحقاق المستأجر فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض مايفسخ الاجارة هل تكون منفعة بقية المدة للمشترى أوللبائع فيه وجهان فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه والله أعلم * (فان قلت) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ووجوب ذلك فالمنفعة مستحقة للمشتري فى تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقها بالامة المزوجة أيضا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق (قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما فى مناط الحكم مع عدم الفارق ولايكفي الاشتراك فيماليس مناط الحكم فى الاصل ولاشك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ولما

﴿ فرع ﴾ شريكان فى مزارع وبئر تستقى منها باع احدهما نصيبه منها ثبتت للآخر الشفعة فيها اذا انقسمت البئر او قلنا بثبوت الشفعة فيما لاينقسم والا فنثبت فى المزرعة وفى البئر وجهان (احدهما) تثبت كماتثبت في الاشجار تبعا للاراضى (وأصحهما) المنع لان الاشجار ثابتة فى محل الشفعة والبئر مباينة عنه *

اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتضى لأبطال البيع وان مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشترى بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشترى و بينها وأما الأرض المرزوعة والدار المشحونة والامة المزوجة فلأنها مشتركة فى انه لايد حائلة فالمقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما فى مناط الحكم والارض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمداً ينتظر و يفترقان فى الاشتغال بالتسليم عقيب البيع فى الدار دون الأرض و تشبه الأمة المزوجة فى أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشترى ولا يجب ازالتها عقيب العقد و يفترقان فى ان الزرع له غاية بخلاف النكاح فلذلك حسن قياسها عليها وقياسها على الأمة أرجح كما فعل المصنف فأنه قد يقال ان منفعة الدار فى مدة التفريغ مستحقة للمشترى ولذلك وجب على البائع تفريغها فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والارض المزوعة فان منفعتهما غير مستحقتين للمشترى مدة بقائهما ولم أعلم أحداً حكى فى صحة بيع الدار المشحونة بالامتعة خلافا وذكروا الطريقين فى الارض المزروعة قال الامام ولاشك أن القياس يقتضى التسوية بينهما اذلا فرق و يمكن ان نقول ماذكرناه من تخصيص الخلاف بالارض المزروعة وحكى الامام فى أن المشترى اذا كان جاهلا بان الدار مشحونة هل يثبت له الخيار وجهان والمذهب ثبوته أما الارض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل سواء قلنا ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها فى الحال الا أن يختار البائع قلع الزرع و يكون غير ضار بالارض فلا خيار كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام فى عدم ثبوت الخيار فى الدار المشحونة بالأمتعة وان الغالب فى العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم انها تفرغ بعد ذلك والله أعلم *

﴿ التفريع ﴾ بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها و بين المشترى فهل يحكم بصيرورتها فى يده فيه وجهان (أحدهما) لالأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة (وأصحهما) على ماذكره الامام والغزالى والرافعي نعم لحصول التسليم فى الرقبة وهى المبيعة وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت فى الحال فلا حاجة تدعو إلى التخلية قبله على أن الامام أورد فيها وجهاً أن اليد لاتثبت فيها بخلاف الأرض

قال ﴿ الركن الثانى الآخذ وهو كل شريك بالملك * فلا شفعة (ح) للجار عندنا وان كان ملاصقا (و) * وتثبت للشريك وان كان كافراً * فان شارك بحصة موقوفة وقلنا لايملك الموقوف عليه فلا شفعة * والا فهو بناء على أنه هل يجوز افراز الوقف عن الملك * والشريك فى الممر المنقسم يأخذ الممر بالشفعة ان كان المشترى طريق آخر الى داره * والا فيأخذ بشرط أن يمكن من الاجتياز * وقيل يأخذ وان لم يمكن * وقيل لايأخذ وان مكن ﴾ *

وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه وادعي أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيهما وحكاه غير الامام أيضاً وحكى الغزالي في البسيط وجها ان اليد تثبت في الدار ولاتثبت في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ووجه الفرق على الوجه المحكى في البسيط ان التشاغل بالتفريغ ممكن فنزل المكن الذى لاعسر فيه منزلة الموجود قال ابن الرفعة ولعل القائل بأنه لايحصل التسليم هو أبو إسحق المروزى فلا يصح إبطال مذهبه يعني في البيع إلا باقامة الدليل على صحة القبض وهذان الوجهان في صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب فانه ذكر في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشترى وقد يقول الفقيه هذان التعليلان متصادمان (والجواب) أن ذلك يحتمل إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة فان في تعليل الطريقة الثانية ماينبه على دفع خيال التعليل الأول وتبين أن قوله انها في يد البائع ليس كذلك لأن المبيع هو العين والعين في يد المشترى ودخول البائع لأجل السقى والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لايمنع ثبوت اليد على العين والله أعلم ﴿ تنبيه ﴾ من قال بصحة تسليمها مزروعة لاشك أنه يقول بصحة البيع ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة والأرض المزروعة في يد بائعها لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الابقاء فيساوى يد الاجارة *

﴿ فرع ﴾ لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض وليس له استبقاء الارض مابقى مدة الزرع لانه إنما يستحق من الارض ماكان صلاحا لذلك الزرع قاله الماوردى والاصحاب ولوكان الزرع مما لوجذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف وفرخ كالدخن

فقه الركن صور (احداها) أنه لاشفعة للجار ملاصقاً كان أومقابلا و به قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة للملاصق الشفعة وكذا المقابل اذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً لنا ماروي أن النبى ﷺ قال « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة »(١) وعن ابن سريج تخريج قول كمذهب أبي

---

(٣) ﴿ حديث ﴾ الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة الشافعى عن سعيد بن سالم عن بن جريج عن أبي الزبير عن جابر بهذا ورواه عن مالك عن الزهرى عن ابن المسيب مرسلا وهو في الموطأ كذلك ووصله عن مالك ابن الماجشون وأبو عاصم وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه ورواه ابن جريج وابن اسحق عن الزهرى عن سعيد وأبى سلمة عن أبى هريرة وإنما كان ابن شهاب يرويه عن أبى سلمة عن جابر وعن سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا بين ذلك كله البيهقى ووصله الشافعى عن الزهرى عن أبى سلمة عن جابر *

بجذه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقى إلى أوان الحصاد لانه من جملة ذلك الزرع وليس له استيفاء مااستخلف وفرخ بعد الحصادلانه غير ذاك الزرع وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشترى كما يملك أصل القت الذى يجذ مرة لأن القت أصل ثابت والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر قال ذلك الماوردى *

﴿ فرع ﴾ قال الرافعى كل زرع لايدخل فى البيع لايدخل وان قال بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبى حامد قال الرافعى ورأيته لمنصور التميمى فى المستعمل أيضاً (قلت) وقد رأيت ذلك فى تعليق أبى حامد في بيع القرية أنه إذا قال بمزارعها دخلت المزارع وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) فى الأرض فلم أقف عليه فيها *

﴿ فرع ﴾ عندنا لايؤمر البائع بقطع الزرع الذى له فى الحال بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد خلافا لأبى حنيفة رضى الله عنه فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشترى فلذلك أوجب القطع وعندنا هى مستحقة للبائع فلذلك لم نوجبه وأوجبنا الابقاء وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ و يجبر البائع عليه وعليه تسوية الارض وعليه قلع العروق التى يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة نص عليه كما اذا كان فى الدار المبيعة أمتعة لايتسع لها باب الدار ينقض وعلى البائع ضمانه هكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية وسيأتى فيه وجه مذكور فى مسألة الحجارة عن صاحب التتمة وقياسه أن يأتي هنا (وأما) ضمان النقصان فى باب الدار فقال القاضى أبوالطيب فى موضع الحجارة ان أمكن تقويم مانقص من قيمة مانهدم لزم البائع ذلك وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب وقال هنا يحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الارض وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين *

﴿ فرع ﴾ لو كان المشترى جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع ولم يرها حين العقد فله الخيار فى فسخ البيع لان الزرع عيب يمنع منفعة الارض فان فسخ رجع بالثمن وان أقام فللبائع ترك الزرع فى الارض الى وقت حصاده كما نقوله فى الثمرة المؤبرة وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى ولو رضى البائع بتسليم الزرع للمشترى أوقلعه و يكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشترى خيار نص عليه وان كان المشترى عالماً بالزرع فلا خيار له قاله الماوردى والأصحاب واتفقوا عليه وهذا اذا لم يطرأ مايقتضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد ولو طرأ ماوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريباً فى فرع وجوب الاجرة *

حنيفة قال القاضى الرويانى ورأيت بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار وذكر الامام أن الشيخ أباعلى لم يثبت ذلك عن ابن سريج وحمل كلامه فيه على أنه لايعترض فى الظاهر على الشافعي اذا قضى

﴿ فرع ﴾ فى وجوب الاجرة على البائع فى مدة بقاء الزرع فى الارض ان كان المشترى عالماً فلا أجرة قطعاً وان كان جاهلا فوجهان عن رواية صاحب التقريب ولذى أورده المعظم أنه لا تجب الاجرة وتقع تلك المدة مستثناة كما لو باع داراً مشحونة بأقمشة لا يستحق المشترى الاجرة لمدة التفريغ وهذا ماجزم به الماوردى وخلافه (والاظهر) عند الغزالى والجرجانى الوجوب وجعل الامام محل الخلاف فيما اذا كان جاهلا قال الرويانى انما تجب الأجرة اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق وهنا لم يوجد واحد منهما ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق قال ابن الرفعة ماذكر من التعليل يقتضي أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال والاشبه أن يقال ان اكتفينا بها فالخلاف متوجه وان لم نكتف بها (فان قلنا) الأجرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فههنا أولى (وان قلنا) تجب فههنا وجهان مبنيان على أن البائع اذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا وفيه خلاف (فان قلنا) لا لم تجب هنا (وان قلنا) نعم وجبت ولا ننظر إلى أنه ثم متعد ولا تعدى منه ههنا لأن باب الضمان لا يختلف وقال ابن الرفعة انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه عدم إيجاب الأجرة بقدرة المشترى على الفسخ لولا هذا التعليل لأمكن أن يقال الوجهان فى الرجوع بالاجرة إنما هما قبل التخلية أو بعدها وقلنا انها لا تكفى ويكونان مبنيين على جناية البائع فان قلنا كالاجنبى ضمن الأجرة والا فلا قال الامام والخلاف نظائر فى الحجارة (قلت) والاشبه أن الخلاف فى وجوب الاجرة فى مسألتنا هذه كما فى مسألة الحجارة مطلق فيما إذا اكتفينا بالتخلية وفيما اذا لم نكتف بها ومأخذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع كما يشعر به تعليل الامام والغزالى وجه الوجوب فى هذه المسألة (فان قلنا) بالثانى ضمنا مطلقاً ولا أثر للاجازة فى إسقاطها ولا فرق فى ذلك بين أن نقول يكتفي بالتخلية أولا وهذا يوافق الوجه الذى يقول فى مسألة الحجارة بوجوب الاجرة قبل القبض وبعده وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعييب اكتفت على أن جناية البائع على المبيع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبي (إن قلنا) كجناية الأجنبي ضمنها مطلقاً قبل التخلية وبعدها اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضاً أو إذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق فان كان ذلك قبل التخلية لم تلزمه الاجرة وان كان بعد التخلية فان لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب

له الحنفى بشفعة الجار وهذا شأن مسائل الخلاف فى الاغلب وفى الحل باطناً خلاف (الثانية) الدار اما أن يكون بابها مفتوحا الى درب نافذ أو الى درب غير نافذ ان كان الاول ولا شركة فى الدار فلا شفعة فيها لاحد ولا في ممرها لأن مثل هذا الدرب غير مملوك وان كان الثانى فالدرب ملك مشترك بين شركائه على ماسبق فى الصلح فان باع نصيبه من الممر وحده فللشركة الشفعة فيه ان كان منقسما

الاجرة فى مسألة الحجارة مطلقاً وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذى هو عيب حاصل قبل القبض فلا تجب الاجرة أيضاً لأنه بالاجارة رضى بذلك فان لم يكن له أجرة كما و رضى بالعيب لم يكن له أرش فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقاً اما قبل التخلية أو بعدها إذا لم يكتف بها فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) إلحاق البائع بالأجنبى (والثانى) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس تفويتها بمنزلة العيب ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيباً والحاق تعييب البائع بالآفة السماوية (وأما) بعد التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقدم أو الحاق البائع بالأجنبي ومأخذ الاسقاط جعل تعييب البائع كالآفة السماوية فاذا أجاز المشترى سقط حقه من الارش لانه قد رضي بالعيب كذلك هنا إذا أجاز سقط حقه من الاجرة بقية المدة لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به (فان قلت) مقتضى ماذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة لأن الأصح عند الاكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته إن جعلناها كالآفة السماوية لم تجب والا وجبت فيخرج من ذلك أن الأصح فى مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لافي مسألة الزرع ولا فى مسألة الحجارة لكن قد تقدم فى مسألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله وقد تقدم عن الغزالى والجرجانى أنه الاصح عندهما فى مسألتنا أيضاً (قلت) أما الغزالى فان الأصح عنده أن جناية البائع كالاجنبى فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب فان ذلك موافق وقد قدمنا عن الاكثرين فى مسألتنا أن الاصح عدم الوجوب وكذلك تقدم عن الشيخ أبي محمد فى مسألة الحجارة (وأما) ماتقدم عن الاكثرين فى مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله فالفرق بينها و بين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع لزمه إبقاؤه إلى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذى هو من لوازمه وكذلك لاتجب الاجرة (وأما) الحجارة فانه إذا رضى بها لايلزمه إبقاؤها بل يجبر البائع على قلعها لكن لك أن تقول ان مدة القلع أيضاً قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه وان كان القلع فى ذلك الوقت واجباً فكان ينبغى أن لاتجب لها أجرة إلا اذا زاد وأخر البائع فحينئذ تجب والله أعلم * ﴿ تنبيه ﴾ ما حكيته فى مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة

على ماعرفت معناه والافقيه مامر من الخلاف وان باع الدار بممرها فلاشفعة لشركاء الممر فى الدار لانه لاشركة لهم فيها فصار كما لو باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك وخرج ابن سريج أنه تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة فى الطريق و به قال مالك وأبو حنيفة وقدم أبو حنيفة الشريك فى الممر على الجار الملاصق الذى ينفذ باب داره الى درب آخر وظاهر المذهب الاول ولو أرادوا أخذ الممر بالشفعة نظر ان كان

عن المعقود عليه كذلك قاله الامام والغزالى وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الاجرة من غير تخريج على أن جنايته كجناية الاجنبي أولا والذى ذكره الرافعى هو طريقة التخريج خاصة وما ذكروه ههنا يقتضى طريقة أخرى كما أشرت اليه وهي ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أوعلى بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد فى إلحاقها بجزء المبيع أوصفته مجال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون فى استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الاجرة (والثانية) تخريجها على جنايته والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ وهو الكلام الثانى. تقدم أن الامام جعل محل الخلاف فى وجوب الاجرة فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا تجب قطعاً وكذلك تقدم فى الخيار أنه لايثبت الا فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا قال ابن الرفعة وهو ظاهر اذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التبقية إنما وطن المشترى نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) اذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال انه يثبت له الخيار ويكون اذا أجاز فى استحقاقه الأجرة الخلاف السالف وأصل ذلك أنه اذا علم عيباً بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار فلو زاد ثبت الخيار علي المشهور ثم قال واطلاق الشافعى رضى الله عنه يقتضي تركه الي الحصاد سواء تأخر عن وقته المعتاد أم لم يتأخر ومراده بالحصاد أول أوقاته لاحقيقة الحصاد *

﴿ فرع ﴾ ماتقدم من وجوب الابقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض قال ابن الرفعة هنا ففي وجوب البقاء بهذا الشرط تردد حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١)

(١) بياض بالاصل

﴿ فرع ﴾ يشترط فى بيع الارض المزروعة تقدم الرؤية على العقد فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم الماودى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك قال المتولى اذا ادرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أرادأن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة والله أعلم *

للمشترى طريق آخر الى الدار أوأمكنه فتح باب آخر الى شارع فاهم ذلك على المشهور ان كان منقسما والافعلى الخلاف فى غير المنقسم وقال الشيخ أبو محمد ان كان فى إيجاد الممر الحادث عسر أو مؤنة لها وجب أن يكون ثبوت الشفعة علي الخلاف الذى نذكره على الأثر وان لم يكن له طريق آخر ولا أمكن

﴿ فرع ﴾ اذا شرط دخول الزرع فى البيع فان كان بقلا أوقصيلا لم يبلغ أوان الحصاد قال الماوردي والمحاملي وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين صح البيع فى الارض والزرع ولا يلزم فى الزرع شرط القطع لانه دخل فى العقد تبعا للارض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها وستأتى هذه المسألة فى الثمار وفيها بحث وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح في الارض والزرع وان كان غير مشاهد كما لحنطة والعدس ففي بيعه مفرداً قولان فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى وان منعنا ففى بيعه تبعاً للارض وجهان (أحدهما) يجوز كاساس البنيان (والثانى) لا لانه مقصود فاذا بطل ففي بطلانه فى الارض قولا واحداً للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع فوجد فيها زرعا ثبت له الخيار نص عليه الشافعى رضى الله عنه و بعض الأصحاب وقد تقدم ﴿ تنبيه ﴾ مراد المصنف بالارض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة كالحنطة والشعير فهي محل الخلاف فى صحة بيعها أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولا واحداً قاله صاحب التتمة وهو ظاهر لانها كالشجر فينبغى أن ينبه لذلك لئلا يظن ان ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتض لشمول الخلاف والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قوله حتى يحصد يقال احصد الزرع أى بلغ اوان الحصاد فقال ابن داود فى قول الشافعى وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد وقال انه أفصح وأصح فى المعنى من فتحها لانه اذا بلغ أوان الحصاد جذ (١) على حصده وما ذكره من كلام الشافعى ظاهر وأما قول المصنف هنا والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد فيصح ان يقال - بضم الياء وفتح الصاد - ويصح - بفتح الياء وكسر الصاد - أى حين يحصد البائع الزرع ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر الصاد - هنا أى حتى يبلغ اوان الحصاد لان يده لا تزول بذلك فاليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ويد البائع ثابتة الى الحصاد والله أعلم *

(١) بياض بالاصل

ايجاده ففيه أوجه (أحدها) أنهم لا يمكنون منه لما فيه من الأضرار بالمشترى وانما أثبتت الشفعة لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر (والثانى) أن لهم الأخذ والمشترى هو المضر بنفسه حيث اشترى منه مثل هذه الدار (والثالث) أنه يقال لهم ان أخذتموه علي أن تمكنوا المشترى من المرور فلكم الأخذ وان أبيتم تمكينه منه فلا شفعة لكم جمعاً بين الحقين وايراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه واليه ذهب أبو الفرج السرخسى لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم علي أن الوجه الاول أصح بل مرنص الامام وجماعة عبارة تخيير الشفيع وأدوا الغرض فى عبارة أخرى فقالوا فى [illegible]ده بالشفعة وجهان

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان باع أرضا فيها بذر لم يدخل البذر فى البيع لانه مودع فى الارض فلم يدخل فى بيعها كالركاز فان باع الارض مع البذر ففيه وجهان أحدهما أنه يصح تبعاً للارض والثانى لايصح وهو المذهب لانه لايجوز بيعه منفردا فلم يجز بيعه مع الارض ﴾ *

﴿الشرح﴾ فصل الاصحاب فى البذر مثل التفصيل المذكور فى النبات فقالو البذر الذى لاتفاوت لنباته ويوجد دفعة واحدة لايدخل فى بيع الارض ويبقى الى أوان الحصاد وللمشترى الخيار ان كان جاهلا به فان أجاز أخذ الارض بجميع الثمن لان النقص الذى فى الارض بترك الزرع الى الحصاد لايقسط عليه الثمن فان تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول ولوقال آخذه وأفرغ الارض سقط خياره أيضا ان أمكن ذلك وفعله فى زمن يسير على وجه لايفوت عليه الارض وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له وعليه تركه الى أوان الحصاد والبذر الذى يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحوه من البقول حكمه فى الدخول تحت بيع الارض حكم الاشجار هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمه الله وغيرهم واذا علمت ان البذر الذى يدوم حكمه حكم الشجر (فان قلنا) الشجر لايدخل صار حكمه حكم بذر الزرع فى ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة الى حالة الجهل والعلم (وان قلنا) انه يدخل على المذهب فان كان عالما فلا خيار وان كان جاهلا فان لم يكن قلعه مضراً بالارض فلا خيار وان كان مضرا أو يمضى فيه مدة فان كانت الارض تملك بعد بذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشترى الخيار ولم أرفى ذلك نقلا والله أعلم * هذا اذا باع الارض واطلق أما اذا باع الارض مع البذر فان كان من البذر الذى حكمنا بدخوله فى البيع قال صاحب التتمة كان تأكيدا ولك أن تقول ينبغى أن يكون كما لو قال بعتك الجارية وحملها وان كان من البذر الذى لايدخل وهو الذى تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا كالحمل وادعى هذا القائل ان الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك فى كتاب التفليس فقال لو باع زرعا مع أرض خرج أولم يخرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لايصح فى البذر للجهالة ولانه مقصود فى نفسه فلم يجز بيعه مع الارض كالركاز ويخالف الحمل فانه يتبع الام فى البيع المطلق وهولاء أولوا نصه فى التفليس على أن المراد خرج السنبل أولم يخرج فعلى هذا اذا بطل البيع فى البذر ففى بطلانه فى الارض طريقان (احداهما) أنه على قولى تفريق

ان أخذ فى بقاء المرور والمشترى وجهان وشركة مالكى بيوت الخيار فى صحته كشركة مالكي الدور فى الدروب التى لاتنفذ وكذا الشركة فى مسيل ماء الأرض دون الأرض وفى بئر المزرعة دون المزرعة كالشركة

الصفقة وهو الذى يقتضى ايراد الماوردى ترجيحها وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما وهذا انما يكون على قولنا بانه يختر بجميع الثمن (والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الارض و يقتضى ايراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى وهى مقتضى المذهب فى أنه يختر بالقسط وجعل الرويانى محل الخلاف اذالم يجهل جنسه وصفته فان جهلهما لم يجزقولا واحداوهذا منه بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب وفيه وجه أنه يجرى مع الجهل وذلك معروف فى موضعه فعلة الخلاف هنا مطلقا على أن أبا الفتوح العجلى أفاد ان الوجه القائل بالصحة ههنا وان منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعاً علي بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال فلا يبعد الحكم بصحة البيع (قلت) ولابد فيه من ملاحظة التبعية فانه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنعه من منع بيع الغائب وكذا بعض من أجازه وانما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبلها ونحو ذلك قال الامام ان المنع فيها مفرع على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فانه يصح وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته لكن الغزالى فى الفتاوى فى السؤال التاسع والعشرين فى بيع السلجم والجزر فى الأرض قال انه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان وان قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهراً ابطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب الارض وهو تغيير امين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بان بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته وههنا لا يمكن واذا علمت ذلك علمت ان اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لانبات لاصله وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الام أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشترى اصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه وان عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه نص عليه الشافعي رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ولم يقصد به الدوام فى محله والله أعلم * ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان * قال المصنف رحمه الله *

﴿ اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كا مما يقطع بسرا كالبسر الحيسواني والقرشى لم يكلف قطعه الى أن يصيرا بسرا وان كان مما لا يقطع الا رطبا لم

فى الممر وحده (الثالثة) تثبت الشفعة للذمي على المسلم والذمى حسب ثبوتها للمسلم وقال احمد لاشفعة للذمى علي المسلم (لنا) القياس على الرد بالعيب ولو باع ذمي شقصاًمن ذمى بخمر أوخنزير وترافعو إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة وقال أبو حنيفة نحكم وان كان الشفيع مسلما أخذ الشقص بقيمة الخمر وان كان ذميا فبمثلها ولو بيع الشقص فارتد الشريك فهو على شفعته إن قلنا أن الردة لا تزيل

يكلف قطعه الى أن يصير رطبا لان نقل المبيع على حسب العادة ولهذا اذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح وان اشتراه فى المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر والعادة فى قطع الثمار ماذكرناه فلا يكلف القطع قبله *

﴿ الشرح ﴾ الاصل المراد به الشجرة والجذاذ - بكسر الجيم وفتحها - حكاهما ابن قتيبة وأوان الجذاذ - بكسر الجيم - زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام فى النخل القطاف فى الكرم والالقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره فيلتقط والجيسوان - بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون - من غير اضافة قال ابن باطيش وابن التودى جنس من البسر أسود اللون والقرش - بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة - قال ابن باطيش هو الأحمر قال صاحب البيان لايقطع الا بسرا (أما) الأحكام فقال الشافعى والأصحاب اذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أورداً للبائع أرضاً وفيها زرع للبائع لم يجبر على قطع الثمرة والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذى جرت العادة تبقيتها فان كان غيبا فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ويقطع فى العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه فى تلك الحال وان كان رطبا فعليه تبقيته إلى ان يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع وإن كان بسراً فما جرت العادة بقطعه بسراً طولب بقطعه بسراً بعد نضجه واستكماله ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم لكون ذلك اصلح له فيأخذه شيأ فشيأ كما إذا باع داراً فيها متاع هى أحرز له لم يجب على المشترى تركه ولايجب على المشترى السقى لأجل ثمرة البائع وإنما عليه تركها والبائع يسقى وحكم جميع الثمار فى ذلك حكم ثمرة النخيل لاخلاف فى ذلك قال نصر المقدسى رحمه الله فى الكافى وكذلك الورد يعني يترك إلى اوان اخذه ووافقنا على انه لايجب على البائع القطع ويجوزله التبقية الى اوان الجذاذ مالك وأحمد وقال ابو حنيفة يجبر عليه عند مطالبة المشترى بذلك فى الحال * دليلنا ماذكره المصنف وهكذا لو زرع المشترى الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشترى على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ اوان الحصاد لأنه وقت العادة فى نقله (فان قيل) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها فى الأرض تشمسها ثم باع الأرض فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لاعادة لذلك

الملك (وان قلنا) تزيله فلا شفعة له وان عاد الى الاسلام وعاد ملكه ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ ابى على والظاهر المنع (وان قلنا) بالوقف فمات أو قتل علي الردة فللامام أخذه لبيت المال كما لو اشتري معيبا أو اشترط الخيار وارتد ومات الامام رده ولو ارتد المشترى فالشفيع على شفعته (الرابعة) دار نصفها لرجل ونصفها ملك المسجد اشتراه قيم المسجد أو وهبه منه ليصرف فى عمارته فباع الرجل نصيبه

فى أرض بعينها بل يمكن تجفيفها فى غيرها كما نقول فى الزرع لايجب نقله وهو فى الأرض ولو حصده وتركه فى الأرض ثم باعها وجب نقله وقول المصنف لأن نقل المبيع على حسب العادة جواب عن قول الحنفية ان من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه وان أبقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل واجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا اذا اشترى داراً مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال فى البلد وينقل الطعام عنها وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط أما ماوقع بنفس العقد عرفا فلا بدليل الأمة المزوجة *

﴿ فرع ﴾ قال الماوردى انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير اما اذ صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعها فى الحال لان الاستثناء انما يصح على شرط القطع وهذا الذى قاله الماوردى انما يستقيم اذا شرطنا القطع فى الاستثناء وقد تقدم أن الاصح خلافه وأيد بعضهم ماقاله الماوردى ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع وهذا التأييد ضعيف لان الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار كما لو باع أرضاً واستثني البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ولا نقول ان هذا استثناء المنفعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي والاصحاب رحمهم الله تعالى فاذا حصد الزرع فان بقي له أصول لاتضر بالارض كاصول الحنطة والشعير لم يلزمه نقلها لانه لاضرر على المشترى فى تركها وان كانت تضر بالارض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل الروياني عن بعض الاصحاب الوجوب مطلقاً والصحيح الاول فاذا نقلها فان حصل فى الارض بنقلها حفر لزمه تسويتها كما لو كان فى الارض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله داراً ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لاتجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعد وهكذا لو كان فى الدار المبيعة حب لايمكن إخراجه إلا بأن يوسع الباب بنقض شيء من الحائط فان له ذلك ويضمن قيمة مانقص قال القاضى أبو الطيب ويحتمل أن يقال يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الارض ههنا وقد صرح المحاملى فى المجموع بأنه يجب عليه بناء ذلك ورده إلى حالته فيما إذا باع داراً وفيها قماش لايخرج إلا بنقض الباب

كان للقيم أن يأخذ بالشفعة ان رأى المصلحة فيه كما لو كان لبيت المال شرك فى دار فباع الشريك نصيبه للامام الأخذ بالشفعة وان كان نصف الدار وقفاً والنصف ملكا فباع المالك نصيبه فينبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقف (ان قلنا) لا لم يأخذ ماباعه بالشفعة (وان قلنا) نعم فينبني علي أن الملك هل تقرر عن الوقف وفيه وجهان يذكران في القسمة (ان قلنا) نعم ففى ثبوت الشفعة

وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب إعادة الجدار قال المحاملى هنا كل من حصل ملكه فى ملك غيره واحتيج فى تخليصه إلى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه مثل مسألة الزرع والحب والخابية والصندوق في الدار وان كان بتفريط من صاحب الملك مثل أن يغصب رجل رجلا على حب فلم يخرج من الباب أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من إخراجه إلا بهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة إذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن إخراجها إلا بنقض شيء من الدار يغرم النقص صاحب الدابة قاله الرويانى واذا وقع دينار فى محبرة ولا يخرج إلا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الرويانى عن بعض الاصحاب *

﴿ فرع ﴾ لو أصابت الثمار آفة وصارت بحيث لا تنمو فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها أم للمشترى اجباره على قطعها * قال الامام ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئاً منهما وقال ابن الرفعة إن الذى يقع فى النفس صحته قول الاجبار لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية قال لكن نصه فى الأم على خلافه ولو انقطع الماء فلا شيء على المشترى فيما أصيب به البائع وكذلك ان أصابته جائحة نص عليه الشافعى رضى الله عنه نقله عنه أحمد بن بشرى *

﴿ فرع ﴾ لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى فان لم يأمنه المشترى ينصب الحاكم أميناً يسقيها والمؤنة على البائع * قاله الخوارزمى وكلام الخوارزمى يدل علي أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة قال ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ومراده بهذا ان التسليم يكون على العادة *

﴿ فرع ﴾ ولا يستحق المشترى علي البائع أجرة الارض فى مدة اقامة الزرع فى الارض لانه ملك الارض مسلوبة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجرة *

﴿ فرع ﴾ لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع كلام الرافعى يصرح بالجواز وانه يجب الوفاء بالشرط لكن الامام حكى فى باب الصلح فيما اذا باع أرضاً مزروعة بشرط قطع الزرع

وجهان (أحدهما) تثبت لدفع ضرر القسمة ودفع ضرر مداخلة الشريك وهذا ما أورده فى الكتاب بناء على جواز قسمته وعلى هذا فلو كان الوقف على غير معينين أخذه المتولى ان رأى المصلحة فيه (وأظهرهما) المنع لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا ينبغى أن يستحق به وأيضاً فانه ملك ناقص ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه فلا يتسلط على الأخذ (و إن قلنا) لا يزول الملك على الوقف فأن لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت

تردداً في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة ولو قيل انه لايصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه (والثانى) أنه يكلف قطعه لأن المشترى إنما رضى بذلك اذا لم يضر به فاذا أضر به لم يلزمه تركه فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لأنه اصلاح لماله من غير اضرار باحد فجاز وان كان على الآخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان * قال أبو اسحق يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فى الاضرار فوجب أن يفسخ * وقال أبو على بن أبى هريرة يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لابد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لان منفعته تحصل له ﴾*

﴿ الشرح ﴾ تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها فيلزم المشترى تمكينه وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشترى الضرر وقد يحصل الضرر من السقى أيضاً وذكر المصنف تفصيل ذلك فى هذا الفصل فى مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهى مؤبرة و بقينا الثمار للبائع فعطشت النخيل وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة فان كان الضرر يسيراً أجبر المشترى عليه هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره ونص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم وان كان كثيراً بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها فى المستقبل نقصانا كثيراً وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ففيه قولان منصوصان في الأم فى هذا الموضع وحكاهما الأصحاب كما حكاها المصنف نقلا وتعليلا وعبارة الشافعى فى الام ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ولم أره ذكر القول الآخر فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيراً فلم أفهم الثانى منه فلعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه (والاصح من القولين) الثانى القائل بالاجبار وممن صححه الرويانى وابن أبى عصرون والنووى ورجحه الرويانى بأن ضرر الاصول أكثر وجزم به الفورانى ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى وصححه فى المحرر وقد ذكر الماوردى

و إن أثبتناه عاد الوجهان (وقوله) في كل شريك بالملك قصد بقوله بالملك الاحتراز عن الشريك بالوقف والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلا المنفعة اما مؤقتا بالاجارة أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الأخذ بالشفعة ويخرج بلفظ الشريك الجار ويدخل المسلم والذمى والحر والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين فى الدار فلكل منهما الشفعة على الآخر والمأذون له فى التجارة إذا

مسألة السقى وقسمها تقسيما حسناً وهى ان السقى اما أن يكون ممكنا أو متعذراً فان كان متعذراً فاما لاعواز الماء أو لفساد آلته فان كان لاعواز المـاء سقط حكم السقى ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الاول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعاً فقطع الثمرة واجب ولصاحب النخل اجباره لان تركها مضرة للنخل بلا منفعة له (الثاني) أن لايضر واحداً منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف * وان كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فايهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح مايوصله الى الماء فان كان ذلك مضراً بالنخل وجب على مشترى النخل أن يزيل الضرر عن نخله ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته وان كان مضراً بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها وان كان مضراً بهما جميعاً لزم صاحب الثمرة إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) إن كان السقى ممكناً فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعاً لهما (والثانى) أن يكون ضاراً لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضاراً لأحدهما دون الآخر وسنذكر ذلك مفصلا (المسألة الثانية) إذا احتاج أحدهما إلى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احداهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشـترى وقول المصنف ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما إذا كان له نفع وما إذا لم يكن والشيخ أبو حامد والماوردى ذكرا ما اذا كان لـكل منهما نفع فقال الشيخ أبو حامد لايجبر الممتنع من السقى على السقى وللآخر أن يسقى والأجرة عليـه وقال الماوردى للبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه ومؤنة السقى على البائع لما فيه من صلاح ثمرته وان كان لنخل المشترى فيه صلاح إلا أن الأغلب من حال السقى صـلاح الثمرة والنخل تبع فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر وقيـل للمشترى ان أردت سقى نخلك فاسقه ولانجبرك عليه وما قاله الماوردى موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليـه والحـكم واحد لايختلف وانما يختلف التصوير فيجىء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثا أن ينتفع البائع ولايتضرر المشترى ولاينتفع أو ينتفع المشترى ولايتضرر البائع ولاينتفع أو ينتفعا جميعاً وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لايجبر على السقى ومن جملة الاقسام التى أطلقوها أما إذا كان السقى نافعاً لهما وكان تركه ضاراً بالمشترى

اشترى شقصا ثم باع الشريك نصيبه فله الأخذ بالشفعة الا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة وله الاسقاط وان أحاطت به الديون وكان الاخذ غبطة كما له منعه من سائر الاعتياضات فى المستقبل ولو أراد السيد أخذه بنفسه فله ذلك ولا يخفى أن الشركة لاتعتبر فى مباشرة الأخذ وانما هى معتبرة فيمن يقع له الاخذ بدليل الولى والوكيل والعبد المأذون فان لهم الأخذ بالشفعة (وقوله) والشريك فى الممر المنقسم يأخذ الممر

لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال امكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشترى على أحد الأمرين اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقاؤها وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما اذا كان السقى متعذراً ووجه القول الأول القائل بأنه لايكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وانما على البائع أن لايترك مجهوداً يقدر عليه فاذا انقطع الماء فلا تقصير منه وحق التبقية قائم له وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه وقال الامام ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشترى قال ولم يقع التعرض لاستواء الحقين يعني كما يقوله أبو اسحق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى قال ولابد من هذا الوجه ثم موجب استواء الحقين الفسخ والله أعلم * وقول المصنف جاز له أن يسقيه وليس للآخر أن يمنعه فان منعه أجبر على تمكينه وهذا مراد الروياني بقوله اذا كان السقى ينفعهما فايهما طلب أجبر الآخر عليه لأنه لافائدة من الامتناع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه لا على أن يسقى والله أعلم (المسألة الثالثة) اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر وفيها صورتان (احداهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة فاراد البائع السقى فوجهان قال أبو اسحق يقال للمشترى اسمح للبائع بالسقى فان سمح فذاك والا قلنا للبائع اسمح بترك السقى فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبى هريرة يجبر المشترى على ذلك وللبائع ان يسقى والأجرة على البائع وحكى الامام وجهاً ثالثاً بمراعاة جانب المشترى لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها قال وحقيقة الأوجه تؤول إلى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشترى ومنهم من يرعى جانب البائع وأبو إسحق لايقدم أحد الحقين على الآخر (الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة فاراد المشترى السقي قال أبو اسحق يقال للبائع اسمح فى أن يسقى المشترى فان سمح فذاك والا قلنا للمشترى اسمح فى ترك البائع فان سمح فذاك وان أبي فسخنا البيع بينهما وقال ابن أبى هريرة أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشترى لانه على أن لايضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون بيناً لمراعاة جانب البائع وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز قاله صاحب البيان وغيره وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله وتجب الأجرة على من يسقى من كلام ابن أبى هريرة وامامراده بمن يسقى البائع

بالشفعة بعلم - بالواو - ولما حكيناه عن الشيخ أبي محمد وليس لمسألة الممر اختصاص بذكر الاخذ ولعل ايرادها فى ركن المأخوذ أولى *

قال ﴿ الركن الثالث المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم بمعاوضة * احترزنا بالتجدد عن رجلين اشتريا داراً فلا شفعة لأحدهما على الآخر اذ لا تجدد لأحدهما * واحترزنا باللازم عن

فى الصورة الاولى والمشترى فى الصورة الثانية ويجوز أن يكون قوله وتجب أجرة السقى على من يسقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة يعنى حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع به لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح فانه يسقى والمنفعة للمشترى ويشمل ذلك ما إذا سقى البائع أو المشتري أو هما جميعاً فتجب الأجرة عليهما كما صرح به الروياني وهو الظاهر والذى يسقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع لأجله ومعنى الاجبار إجباره على تمكين الآخر من السقى وقول المصنف لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر فى الطرفين وقد فهم ابن الرفعة من كلام الماوردى فى هذه الصورة الثانية وقوله أن لصاحب الثمرة منعه فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولا آخر قال وبذلك يكمل أربعة أوجه (ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك والا فسخه الحاكم (ورابعها) الأمر كذلك إلا أن المتولى للفسخ البائع إن أراد وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما وتركها المصنف لوضوحها ولاخلاف فيها وهى اذا كان السقى يضر بالثمرة والنخل جميعاً كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع قاله الروياني وهذا انما يتصور فى غير النخل (أما) النخل فينفعه السقى أبداً فلو قال صاحب الثمرة أريد أن آخذ الماء الذى كنت استحقه لسقى ثمرتى فاسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ لأنه انما يستحق من الماء مافيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستاً شمل كلام المصنف خمساً وترك واحدة ومسائل ترك السقى سبعاً ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستاً وكلها مندرجة فى كلام الماوردى والله أعلم * { فائدة } قال الشيخ أبو حامد وغيره قالوا هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشترى[1] صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت حيث تجب أجرة السقى على صاحب الأصل وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشترى فكان بخلافه قال ابن الرفعة وحيث نقول باجبار المشترى فلا خيار له أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى *

(١) كذا بالاصل فحرر

الشراء فى زمان الخيار فانه لا يؤخذ ان كان للبائع خيار لانه اضرار به ولا حق للشفيع على البائع * وان كان للمشترى وحده فطريقان (أحدهما) لا لأن العقد بعد لم يستقر (والثاني) فيه قولان * كما لو وجد المشترى بالشقص عيباً وأراد رده وقصد الشفيع أخذه فأيهما أولى وقد تقابل الحقان فيه قولان * وكذا الخلاف فى تزاحم الشفيع والزوج اذا طلق قبل المسيس على الشقص الممهور } *

﴿ فرع ﴾ حيث جعلنا للبائع السقى قال الشافعي والأصحاب وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط فان اختلفا فى ذلك فقال المشترى فى كل عشرة أيام سقية وقال البائع فى كل خمسة أيام سقية فالمرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه ولو قال أهل الخبرة ان الثمرة لاتفسد بترك السقى بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة والشجر يتضرر بها قال الامام فهذا فيه احتمال عندى يجوز أن يقال يمنع البائع فان الزيادات لاتنضبط فالمرعى الاقتصاد ويجوز أن يقال له أن يسقى لمكان الزيادة علي مذهب من يراعى جانبه وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحق وابن أبى هريرة اذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران وانما ضرر وزيادة نفع والذى ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى والله أعلم * وأطلق الرافعي احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد وتركه يمنع حصول زيادة للآخر وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما هل يلحق ذلك بتقابل الضرر فيه احتمالان ولم أرهما فى النهاية الا فى الحالة الواحدة وجعل الغزالى الاحتمالين المذكورين وجهين والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحق وابن أبى هريرة وعلي الاحتمال الآخر يتعين السقى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ القولان اللذان أطلقهما المصنف هل محلهما فيما اذا كان السقى متعذراً أومطلقاً كلام الغزالى والامام يقتضى الاول وجزم فى حالة الامكان بوجوب السقى أوالقطع علي البائع وكلام الشافعي يقتضي الثانى لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد وتنزيل الجزم بوجوب أخذ الامرين على ما اذا كان السقى ممكناً بالماء المعد لذلك واستنبطه من كلام الشافعى وقوله أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعا أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عيناً وله أن يسقطه بالسقي الا أن الواجب أحد الأمرين كما يقول ذلك فى المولى فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع لانه لامسقط له ولاجرم كان هو الاصح عند الكرخى وغيره وقال النووي ان هذين القولين

المأخوذ منه هو المشترى ومن فى معناه وفى ضبطه قيود (أحدها) كون ملكه طارئا علي ملك الآخذ فأذا اشترى رجلان دارا معا أو شقصا من دار فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما فى وقت ثبوت الملك (الثانى) كونه لازما وفيه ثلاث صور (احداها) ان جرى البيع بشرط الخيار لهما أو للبائع الخيار وحده لم يؤخذ الشقص بالشفعة مادام الخيار باقيا اما علي قولنا الملك غير منتقل الى المشترى

فيما

فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة فان لم يكن وجب القطع قولا واحداً كذا قاله الامام وصاحب التهذيب *

﴿ فرع ﴾ ظاهر كلام الاصحاب أنه يجب السقى بالماء لذى جرت العادة أن يسقى منه تلك الاشجار ولوكان ملك المشترى بأن كان من بئر دخلت فى العقد وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر بخلاف مالو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشترى حيث يفسد العقد قال ابن الرفعة لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل (قلت) لايقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع ووجوب الابقاء وليس ذلك كما اذا شرط الانتفاع بملك المشترى ومن كون السقى واجباً من الماء المعتاد وان كان ملك المشترى يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ولم يقل وتجب مؤنة السقى لان الماء من جملة المؤنة وهو على المشترى وفى الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الاجرة فى نقله وما أشبهه نعم تجب عليه أيضاً الآلات التى يستقى بها المشترى وانما يلزم بالتمكين من الماء خاصة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أما الارجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحق وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشترى والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعي يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال واذا كان لايصلحها الا السقى فعلى المشترى تخلية البائع وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشترى فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الاقرب ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقاً وقال ابن الرفعة ان ظاهر النص على ماصححه فى الوجيز * قال المصنف رحمه الله *

﴿ لايجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لواشترى بالليل متاعالم يكلف نقله حتى يصبح والعادة فى الثمار تركها

فظاهر واما على قول الانتقال فلان فى اخذه ابطال خيار البائع ولا سبيل للشفيع الى الاضرار بالبائع وابطال حقه وعن صاحب التقريب احتمال على قولنا بانتقال الملك الى المشترى وان شرط الخيار للمشترى وحده فان قلنا الملك له ففى أخذه بالشفعة قولان رواية الربيع واختيار أبى اسحق المنع وبه قال مالك واحمد لأن المشترى لم يرض بلزوم العقد وفى الأخذ الزام واثبات للعهدة عليه ورواية المزنى يؤخذ به

الى أوان الجذاذ فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وان باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن الغرر وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر فى الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الاصل وان باع الثمرة ممن يملك الاصل أو الزرع ممن يملك الارض ففيه وجهان أحدهما يصح لانه يحصل لمالك الاصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والارض والثاني لايصح لانه افرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فاشبه اذا باعها من غير مالك الاصل ﴾

﴿ الشرح ﴾ حديث ابن عمر رضى الله عنهما الاول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ولفظ مسلم الثمرة وفى الصحيحين ايضاً من رواية ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « لاتتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم وتذهب عنه الآفة (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ولفظه عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتي يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشترى وفى رواية الشافعي فى حديث ابن عمر قال الراوى فقلت لعبد الله متى ذلك قال طلوع الثريا وقد وردت أحاديث فى الصحيحين وفى غيرهما فى المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو قال الراوى فقلنا لأنس مازهوها قال تحمر وتصفر قال أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه رواه البخارى ومسلم وقد كثر الزهو فى الحديث يقال زها النخل يزهو قال الخطابى هكذا روى فى الحديث يزهو والصواب فى العربية يزهي وقال غيره ليس هذا القول منه عند كل أحد فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ومنهم من قال زها النخل اذا طال واكتهل وهذا القول مخالف لما جاء فى الحديث من تفسير انس العارف بالعربية ولمعني الحديث وقد ورد فى بعض روايات الشافعي لهذا الحديث « قيل يارسول الله وماتزهي قال حتي تحمر » والزهو - بفتح الزاى - وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاى وهو غريب وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ لاتتبايعوا الثمرة حتي يبدو صلاحها ولا تتبايعوا الثمر بالتمر » رواه مسلم وقوله يبدو أى يظهر يقال بدا يبدو مثل دعا يدعو فأما بدأ يبدأ - بالهمز - فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله ﷺ « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح قيل وما يشقح قال تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخارى

قال ابو حنيفة لانه لاحق فيه الا للمشترى والشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك واستقراره فقبله اولي وهذا اصح عند عامة الاصحاب ونقل للامام وصاحب الكتاب فى المسألة طريقين (احداهما) اثبات القولين هكذا لكن قالا هما مأخوذان من الخلاف الذى نذكره فيما بعد اذا اطلع المشترى على عيب بالشقص وأراد رده وأراد الشفيع أخذه فعلى رأى للشفيع قطع خيار المشترى فى الصورتين وعلى رأى

مسلم رحمهما الله تعالى وقوله يشقح - بضم الياء المثناة من تحت وأسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة - و يروى - بفتح الشين وتشديد القاف - يقال أشقح وشقح وروى يشقه بابدال الحاء هاء وقد فسره في الحديث قال والاشقاه أن يحمر أو يصفر وفى رواية النسائى فى هذا الحديث حتي يطعم وفى رواية لمسلم حتى يطيب وعن ابن عباس قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأ كل منه أو يؤكل وحتى يوزن قال فقلت مايوزن فقال رجل عنده حتى يحرز » رواه البخارى ومسلم وعن أنس « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبوداود والترمذي والحب الطعام واشتداده قوته وصلابته فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة رواه مالك فى الموطأ والفاظ هذه الأحاديث مختلفة ومعانيها متفقة قال العلماء اما أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها فى أوقات مختلفة ونقل كل واحد من الرواة ماسمع واما أن يكون قال لفظاً فى وقت ونقله الرواة بالمعنى وعن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع انه أصاب الثمر الدمان أصابه مراض أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة فى ذلك « أما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخارى الدمان - بفتح الدال وتخفيف الميم - عفن يصيب النخل فيسود فينشق أول مايبدو فيها من عفن وسواد والمراض - بضم الميم - داء يقع فى الثمرة فتهلك والقشام - بضم القاف والشين المعجمة - أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً (وقوله) اما لا أى إن لم تفعلوا هذا فليكن هذا وأصلها ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها وأدخلت على لا النافية وقد يقال ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى فى الاحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم إما لا ولقول الراوى كالمشورة لهم فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم والتمسك على ذلك بقول الراوي كالمشورة ليس بالقوى فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية وأما التمسك بقوله اما لا فلانه يقتضى أن النهي معلق على شرط وهو الذى تقدره محذوفا والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير

لا يمكن منه (والثانى) القطع بأنه لا يأخذه إلى أن يلزم العقد والفرق بين الرد بالعيب و بينه أن الأخذ بالشفعة يفتقر الى استقرار العقد وتمامه (واعلم) أن هذه الطريقة الثانية لاتكاد توجد فى غير كتابنا والذهاب على الطريقة الأولى الى تخريج القولين من الخلاف فى الرد بالعيب بعيد مع أن الجمهور حكوهما عن النص ولو عكس وقيل الخلاف فى الرد بالعيب مأخوذ من الخلاف ههنا لكان أشبه هذا اذا فرعنا على

إن لا ترجعوا عن الخصومة أوما في معنى ذلك فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك فالمراد والله أعلم أنه أنشأ النهى لأجل ذلك وكأنه استعمل بمعني إذ التى تستعمل للتعليل ومما يرشد إلى أن النهى حتم قوله نهى البائع والمشترى فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشترى وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث وقال أبو الفتح القشيرى أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم وقوله فى حديث أنس « أرأيت إن منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلامه ﷺ وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردى وخالفهما سفيان الثورى واسماعيل بن جعفر عن حميد فجعلاه من كلام أنس واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافى بينه و بين مارواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبى ﷺ و بكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع وان عنده عن النبي ﷺ فروى عنه كذلك على الوجهين و يثبت كونه عن النبي ﷺ وقد زعم بعض شارحي التنبيه أن الشافعي رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعى ورواه مع مالك عن حميد الدراوردى كما رأيت والله أعلم * (أما) الأحكام فقد قسم الشافعى والأصحاب بيع الثمرة إلى قسمين (القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الاول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الاول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام وهذا التقسيم أحسن وان شئت تقول وهو أقرب إلى كلام المصنف ان بيع الثمرة على قسمين (الاول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الاول) أن تباع من غير مالك الاصل وذلك على قسمين (الاول) أن تكون مفردة عن الاشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الاول) أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة (الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لانه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة وممن صرح بالاجماع فى المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ونقل ابن حزم فى كتابه المحكى عن سفيان الثورى وابن أبي ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة لا بشرط القطع ولا بغيره والشافعى رضى الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه » كذلك قال فى الام فان الثمرة

أن الملك للمشترى (أما) اذا قلنا إنه بعد للبائع أو موقوف والمشترى منفرد بالخيار فعن صاحب التقريب وجه أن الشفيع يأخذ الشقص لانقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته (والأصح) المنع لان ملك البائع غير زائل على التقدير الأول وغير معلوم الزوال على الثانى وعلى الأول اذا أخذه الشفيع تبينا أن الملك للمشترى قبل أخذه وانقطع الخيار *

التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يمتنع مايترك مدة تكون فيها الآفة وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه فان ذلك فيه خلاف وأما هذه العلة فمنصوصة ولاشك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة وهو من أقوى درجات الايماء الذى هو أحد أدلة العلة ولعل سفيان الثورى رحمه الله إنما منع من ذلك لأن فى روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته فلعله لذلك لم يأخذ به لكن فى الحديث ألفاظ أخر تدل على ذلك (منها) قوله حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله حتى يبدو صلاحها يعنى أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالباً لكبرها وغلظ نواها وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها فاذا تلفت لم يبق شيء فى مقابلة الثمن وكان ذلك من أكل المال بالباطل فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل وقيل معني آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح (١) أجزائها كبراً ظاهراً من أجزاء الشجرة وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية *

(١) بياض بالاصل

{ فرع } إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشترى بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والصيمرى والماوردى والرافعى قال الرافعى ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع وقد يقوى ذلك بأن الغرر إنما ينتفى بأخذها ولذلك قال المصنف رحمه الله لانه يأخذه قبل أن يتلف فمتى لم يؤخذ وان كان بتراضيهما فالغرر باق ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد وهو في هذه الصورة مأمون فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد فاذا تراضيا على إبقائها وحصلت آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق بخلاف ما إذا أطلق أو شرط التبقية فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ فالآفة الحاصلة قبله مانعة منه وممن روى عنه من المتقدمين مايشبه قولنا يحيى ابن أبى كثير اليمانى التابعى صح عنه أنه قال لابأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه فان غفل عنه حتى يصير طعاماً فلا بأس به *

{ فرع } باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار ثم باع الثاني نصيبه فى زمان الخيار بيع بتات فلا شفعة فى المبيع أولا للبائع الثانى لزوال ملكه ولا المشترى منه وان تقدم ملكه على ملك المشترى الأول اذا فرعنا على أنه لا يملك فى زمان الخيار لأن سبب الشفعة البيع وهو سابق على ملكه (وأما) الشفعة فى المبيع ثانياً فموقوفة ان توقفنا فى الملك وللبائع الأول ان أبقينا الملك له وللمشترى منه ان أثبتنا الملك له وعلى هذا قال فى التتمة ان فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفعته (ان

(فرع) قال فى التتمة إنما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز والبلح والمشمش فاما مالا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضاً وكذلك قال فى البحر والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع وجبت الاجرة والا فلا قاله الخوارزمى *

(فرع) التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار فتكون مؤنة القطع على المشترى اولا يكون الا بالنقل و التحويل فتكون مؤنة القطع على البائع الذى يظهر من كلامهم الثانى و يظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (القسم الثالث) ان يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية فمذهبنا ان البيع باطل للأحاديث وبه قال مالك وأحمد و إسحق وداود وقال ابو حنيفة رضى الله عنه البيع جائز صحيح و يؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على اصله فى أن الأطلاق يقتضى القطع لأن من حقوق العقد التسليم من غير تاخير والتسليم لا يتم الا بالقطع وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بني عليه ولهذا قال لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله وبشرط القطع يصح فيهما والاطلاق كشرط القطع ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين وبشرط التبقية يصح بعده ولا يصح والاطلاق كشرط التبقية واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة اولى فينبغى ان تنزيله على القطع ليصح و بالقياس على مابدا صلاحها وعلى ماشرط قطعها وعلى رهنها وأجاب أصحابنا بأن النهي ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لا طلاقه ولا على شرط القطع للاجماع بيننا و بين الخصم فتعين ان يحمل علي البيع المطلق وأيضاً ان النهى توجه الى المعهود من البياعات والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ولأن العرف في الثمار ان تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه وليس التسليم بالقطع والتحويل وانما هو برفع اليد والتمكين وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم بل يحمل علي مايقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه فى الصحة والفساد وقد يتقيد المطلق إذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد إما فى التصحيح واما فى الافساد

قلنا) ان الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله (وان قلنا) يرفعه من حينه فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة وان أخذه بالشفعة ثم فسخ البيع فالحكم بالشفعة كالحكم فى الزوائد الحادثة فى زمن الخيار (الثانية) اذا وجد المشترى بالشقص عيباً قديماً فاراد رده وجاء الشفيع يريد أخذه و يرضى بكونه معيباً فيه قولان و يقال وجهان (أحدهما) ان الشفيع أولى بالاجابة لان حقه سابق على حق

وليس ذلك سعياً فى التصحيح ولا فى الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد (وأما) القياس على مابدا صلاحها فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثانى) أن مابدا صلاحه يخامر العاهة والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن فجوابه أن لنا فى رهنها قبل بدو الصلاح قولين فان جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لاضرر فى عقدها قبل بدو الصلاح لأنه لاعوض فى مقابلتها بخلاف البيع فانها اذا تلفت ضاع الثمن ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد ابن ثابت وقوله ان النهى كان كالمشورة وقد تقدم الكلام فيه وأجاب أصحابنا أيضاً عنه بوجهين (أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه إذا احتمل الخبر أمرين والمراد أحدهما بالاجماع كتفسير التفرق فى خيار المتبايعين وكقوله إلاها وهاء وتفسير عمر له (أما) فى تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا (والثانى) أن ظاهر رواية زيد وقوله انه حضر تقاضيهم انه كان قد وقع على شرط التبقية ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا إذا كان مشروطاً وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ثم لاوجه لتمسك الحنفية به لانهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح كما يمنعونه قبله والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين وحمل الغزالى فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة وأن ذلك لايحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل «أينقص الرطب إذا جف» ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال فبم يأخذ أحدكم مال أخيه فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك على قرب (قلت) وقد قدمت مايرجح تأويله غير ذلك وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا فيتبين الاحمر من الأصفر وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لايباع حتى يؤكل من الثمر قال الشيخ أبو حامد ولا مخالف لهما من الصحابة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لانها المعتاد فلوكان فى البلاد الشديدة البرد كرم لاتنتهى ثمارها إلى الحلاوة واعتاد أهلها قطع الحصرم ففي بيعها وجهان عن الشيخ أبي محمد أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلا لعادتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط وامتنع الأكثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة وهذا الخلاف يجرى فيما

المشترى فانه ثابت بالبيع ولان الغرض للمشترى استدراك الظلامة والوصول الى الثمن وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع ولأنا لو قدمنا المشترى بطل حق الشفيع بالكلية ولو قدمنا الشفيع حصل للمشترى مثل الثمن أو قيمته (والثانى) ان المشترى أولى لان الشفيع انما يأخذ اذا استقر العقد وسلم عن الرد لانه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن نفسه والاول أرجح عند الاكثرين

إذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن وأشار امام الحرمين إلى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية وان هذا أقرب من تلك المسألة لان أعمال التواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة فقد لايحتمل ومن نظائر ذلك ما اذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض فالمذهب جواز اقراضه وفيه وجه وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقى ولكنى اتبعت فى نقل مسألة الحصرم عن الشيخ أبى محمد ومسألة الرهن عن القفال مافى النهاية والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده وفى الوسيط نسبة إلى المنع فى المسألتين الى القفال ونسبه الى ابن أبي الدم الى الخلل والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففى قوله المنع وتأويله أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم وخالف من صحح فى مسألة الرهن قال ابن الرفعة كلام الشيخ أبي محمد مباين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لاينتهى الى الحلاوة فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم ثلاثة أوجه وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ ابى محمد أنه انما اعتبر العادة وانما فرضنا فى ذلك لانه الذى يعتاد قطعه حصرماً (أما) ان ذلك معتبر عنده فى الحكم فيحتاج الى نقل ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ومنع وجوب التبقية فى الحصرم وحمل الحصرم على مابدا صلاحه لقول الجوهرى ان الحصرم أول العنب والمراد أنه لاتجب تبقيته الى أوان الجذاذ كما يقتضيه اطلاق غيره من الاصحاب وهذا حمل حسن أيضاً لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه وقول الجوهرى معناه أول الثمرة التى نهايتها عنب * واعلم أن ههنا أموراً اربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف (والثانى) العادة وينقسم كل منهما الى عام وخاص والعرف غير العادة فان المراد بالعرف مايكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ الى معنى من الالفاظ كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة فى ذوات الاربع والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعني المصطلح عليه بين المتكلمين والمراد من العادة ماهو مألوف من الافعال وما أشبهها فهذان قسمان متغايران العادة والعرف وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهى ماسميناه بالعرف وعادة فعلية وهى مقابلة وقد يطلق العرف على الجميع والامران الآخران

ومنهم من لا يذكر غيره ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ثم جاء الشفيع طالباً فلا يجاب (ان قلنا) المشترى أولى عند اجتماعهما (وان قلنا) الشفيع أولى فوجهان (أحدهما) لايجاب لتقدم الرد وفى (الاظهر) يجاب ويفسخ الرد أو نقول تبينا أن الرد كان باطلا والخلاف فى أن الشفيع أولى أو المشترى

(أحدهما) الالفاظ التى تطلق فى العقود وفي تقييد مطلقها وتفسير مجملها (والثانى) ماينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد وهذان أمران متغايران أيضاً فان الاول يرجع إلى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد علي معني كحمل الدرهم علي الدرهم المتعارف فى البلد وحمل المسلم فيه على السليم لانه المتبادر الي الذهن عند الاطلاق دون المعيب والثانى يرجع إلى تقدير شرط مضموم إلى العقد كمسألتنا هذه فاعتبار العرف العام لاشك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال اشتر لى دابة لم يشتر إلا ذوات الاربع والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الالف الفين فى مهر السر ومهر العلانية (وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها وان عمت واطردت فقد اتفق الاصحاب على اعتمادها وذكروا لها أمثلة (منها) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب وهذا إن قدمته فى قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ فالرجوع فى ذلك إلى مايفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لانخرج المتكارس الى ذكر المنازل وتفصيل كيفية الاجزاء وهذا مثال صحيح وهى من قسم مايرجع الى تقدير شرط مضموم الى العقد وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع والتبقية كبقية أجزاء البهيمة المكراة والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ووجوب تسليم الأكاف والثفر والاجام وجميع الادوات عنداستئجار الدابة وضابطه كما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا مشتغلا بما لاحاجة الى ذكره وكثيراً مايسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه ولان فهم هذه الاشياء صار فى العرف لمفهوم اللفظ فالتحق بالعادة القولية قال الامام وكل مايتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ومضمره كالمذكور صريحا وكل ما يتعارض الظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف يعنى ما تتعارض الظنون فى اطراده واما مالا يطرد جزما فلا يعتبر وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر فلا تخصص عاما ولا تقيد مطلقا كما اذا حلف لايأكل خبزاً ولا يلبس ثوبا فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وان كانت عادته أن لايأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير والسبب فى ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ والفعل لا ينقل ولا ينسخ

جاز كما إذا اشترى شقصاً بعبد ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص وأراد الشفيع أخذه بالشفعة والمسألة مذكورة فى الكتاب من بعد وسنعود اليها وحكى فى التهذيب جريانه أيضاً فيما إذا اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد فتلف العبد فى يده حتى تبطل شفعة الشفيع فى وجه ويتمكن من الأخذ فى الثانى كما لو تلف بعد أخذ الشفيع فان الشفعة لاتبطل بل على الشفيع قيمة العبد للمشترى وعلى المشترى قيمة الشقص للبائع والذى أورده صاحب الشامل وغيره أنه إذا

ولا معارضة بينه و بين اللغة واطلاقهم فى ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له والله سبحانه وتعالى أعلم * ثم أشار الامام أيضاً الى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خلاف الأصحاب فى أن الشيء النادر اذا اطرد كدم البراغيث فى بعض الأصقاع هل يعطى حكم العام فيعفى عنه وقطف العنب حصرما فى غاية الندور فان فرط اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور *

﴿ فرع ﴾ لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة * قال الروياني لا نص فيه (قال) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها (قلت) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ولكن ينبغي أن يقال لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى * واذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحال والله أعلم * وممن نص على الصحة فى ذلك أيضا الخوارزمى وعلله بان العقد يحمل على العادة والعادة فيه القطع وكذلك صاحب التتمة والنووى فى الروضة فهذا ما يتعلق بالقسم الأول وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار *

﴿ فرع ﴾ اذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقطع منها شيئاً قال الشافعي فيما نقله أحمد ابن بشرى من نصوصه ان كان له مثل رده ولا أعلم له مثلا فاذا لم يكن فقيمته (قلت) ومن هنا استندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد اذا كان مثلياً يضمن بالمثل كما هو القياس وان كان بعضهم قال إنه يضمن بالقيمة واطلاق صاحب التنبيه يقتضيه فبهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع كما كان قبل ذلك وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك أو لا يجاب الى ذلك بل ينفسخ العقد فيه قولان وقيل بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها و بطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى * قال ابن الرفعة وهذا فيه نظر لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة فليكن البطلان ان قيل به فى قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقى العقد فيه

كان الثمن عينا وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة (الثالثة) ستعرف أن الشقص الممهور مأخوذ بالشفعة فلو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة فله أخذ نصفه (وأما) النصف الآخر فالزوج أولى به أو الشفيع فيه وجهان وكذلك إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن فاراد البائع الفسخ والشفيع الأخذ بالشفعة فيه الوجهان (أحدهما) أن الزوج والبائع أولى بالاجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق وأيضاً فان البائع لم يرض بزوال الشقص إلا على أن يسلم له الثمن فاذا لم يسلم

وهو لا يمكن فلذلك تعذر تسليمه وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما فى ذلك من تعيير عين المبيع (القسم الثانى) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع فانه يصح وقد نص الشافعى رضى الله عنه على هذه المسألة نقلها القاضى أبو الطيب عن نصه فى الرسالة وقد رأيتها فى الأم أيضاً فى باب ثمرة الحائط يباع أصله قال فان قال قائل فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد (قيل) بما وصفنا من السنة وأراد الشافعى بالسنة الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعى فى الأم فى هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم لانه فى معني الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع ولو بيع شىء من هذا على الانفراد لم يجز وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق فى هذا وخالف فى أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضاً * قال القاضى أبو الطيب ولو كان القطع يعنى فى الثمرة اذا بيعت مع الاصل شرطا لقال يعني فى الحديث الا أن يشترط المبتاع القطع وفيه معني وهو أنها متصلة بالاصل فعفى عن الغرر فيها كأساسات الدار وأصول الجذوع وطى الآبار وغير ذلك وأيضاً فانه اجماع لا خلاف فيه هذا كلام القاضى ابى الطيب (وأما) ماذكره من المعني فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الاصحاب أيضاً ومرادهم ان الأصل غير متعرض للعاهة والثمرة تابعة لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل وكأنه لحظ فى ذلك أن تلك الاشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى فكان قياسها عليه أولى ولك أن تقول أما قياسها على الحمل فان كان المراد ما اذا بيعت الام ودخل الحمل تبعاً فالفرق ظاهر وان كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتي يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب انه اذا قال بعتك هذه الدابة وحملها ففى صحة العقد وجهان (أصحهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو علي انه لا يصح (والثانى) وبه قال أبو زيد وهو مقتضى كلام القاضى أبي الطيب الصحة ومقتضى كلام القاضى أبى الطيب فى شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطا من الثمن والقول الآخر على أنه ليس له

وجب أن لا يؤخذ منه (وأصحها) أن الشفيع أولى لأن حقه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق وحق البائع بالافلاس وأسبق الحقين أولى بالرعاية ولأن منع الشفيع ابطال حقه واذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع وانما ينتقل الى البدل ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشترى عند افلاسه ولا الزوجة تصرف الزوج قال الشيخ أبو على والوجهان مبنيان على القولين فيما اذا كان الخيار للمشترى وحده وأراد الفسخ والشفيع أراد أخذه بالشفعة وقد قدمناها وذكر

قسط (وأما) قياسها علي الأساس فان كان كلام الأصحاب وان كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها لـكنهم أجروا خلافا فى بيع الجبة وحشوها فطريقة قاطعة بالصحة لانه جزء بخلاف الحمل وطريقة مجرية للخلاف فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقين (فان قلت) مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها والجبة وحشوها أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع افراده بالبيع والثمرة بعد التأبير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها ولـكن بشرط القطع ولا يلزم من ايجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة القول به هنا (قلت) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريباً بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم لانه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع وانه اذا قال بعتك الدابة وحملها يصح وهو رأي أبى زيد وأيضاً فان الثمرة قبل بدو الصلاح اذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة وما لا يجوز بيعه وحده لايجوز بيعه مقصوداً مع غيره كالحمل وكيفما قدر لايصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل إلا عند من يقول بالصحة فيما اذا قال بعتك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فـكيف ساغ للمصنف القياس عليه * وممن وافق المصنف على القياس علي الحمل الرافعى رضى الله عنه والاشكال عليه أشد فانه صرح بان بيع الأم وحملها لايصح على الاصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال ان أكثر أصحابنا علي أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها اذا علم أن الحشو قطن وقال ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا يعنى ان قلنا له قسط صح والا فلا لعدم العلم به و يتفق وجوده واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها والجوز ولبه والرمان وحبه على أنه قال فى آخر كلامه انه يجوز تخريجها أعنى الجوز ولبه والرمان وحبه على الخلاف فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل وانما يصح القياس ممن يرى الصحة وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل ويقوى الاشكال على القياس عليه وقد يترك القياس المذكور

الامام وصاحب التهذيب أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحداد فى الصورة الأولى أن الشفيع أولى وجواب أبى اسحق فى الثانيـة بأن تصرف البائع أولى وتصرف من بعـدهما من الأصحاب فى كلامهما وجعلوا الصورتين علي جوابين بالنقل والتخريج وقطع بعضهم بجواب ابن الحداد فى الصورة الاولى وبجواب أبى اسحق في الثانية والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك والشفيع ثبت له ولاية التملك لا نفس الملك فكان الزوج أولى بالتقديم وفى الصورة الاخرى الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية

لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام في منع البيع بغير شرط القطع وهو امتصاصها من ملك البائع وهذا المعني مفقود فيما إذا باعها معها أونقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها معقود فى بيعها مع الشجرة فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية لما عرفته (فان قلت) ظاهر ماحكيته من نص الشافعى يقتضى الصحة فى بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها وهى غير معلومة وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد (قلت) يغتفر ذلك تبعاً كالأساس والتحقيق فى ذلك كله أن ماذخل فى مسمى البيع وكان جزأ فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجا عن مسماه وليس بجزء منه ظاهر النص الذى حكيته يقتضى الجواز فيه أيضاً لأن المسيل والطرق خارجة وبه جزم القاضى أبو الطيب ولم يحك فيه خلافا فى شرح الفروع فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه وان صح في تلك تخريجاً على أن الحمل لايعلم ولهذا قال الشافعى فى كتاب الصرف ولاخير فى أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها هذا كله إذا جعله مقصوداً بأن قال بعتك النخلة وثمرتها أوالجارية وحملها هذا مايتعلق بالمعني الذى أبداه القاضى أبو الطيب والمصنف (وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط كقوله بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك فان ذلك صحيح لاشك فيه للحديث ما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعتك النخلة وثمرتها فانه يجوز عندنا وعند المالكية لكن مذهب مالك أنه لاحصة للثمرة من الثمن وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة وهو بعيد وقال ابن حزم الظاهرى لايجوز بيعها مع الأصول ولافيها إلا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث وللاولين أن يقولوا انه لامعني لادخالها بالشرط إلا إدخالها فى البيع والا فهى لاتدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها فى البيع بأى لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر نعم هل تقابل بقسط من الثمن أولا جزم الشافعى بقوله هنا بأنها تقابل بقسط وقال فى الحمل هنا انه لايقابل بقسط مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً *

التملك لكن الشفيع أسبق حقاً فهو أولى بالتقديم واذا قدمنا الشفيع فى صورة الافلاس فاظهر الوجوه و به اقال ابن الحداد ان الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم لأن حق البائع اذا انتقل عن العين الى الذمة التحق بسائر الغرماء (والثانى) و يحكى عن ابن سريج أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين (والثالث) أنه ان كان البائع سلم الشقص ثم أفلس المشترى لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشترى وان سلم فهو أولى بالثمن والطريقان جاريان فيما اذا اقتضى الحال عود كل الصداق الى الزوج لرده أو فسخ قبل الدخول هذا اذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع أما لو أخذ الشفيع

﴿ فرع ﴾ هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع لاخلاف فى المذهب فيه أعلمه قال الرافعى رحمه الله بل لايجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه وسبقه فى ذلك صاحب التتمة وقال انه لو شرطه بطل (قلت) يرد عليه إذا باع الثمرة ممن يملك الأصل فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ماقال ومع ذلك فقد قال الرافعى ان الأصح عند الجمهور وجوبه وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد إذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن مايحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لايصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقداً لا أجلا صح وقال ابن الرفعة يشبه على طريقة الامام والغزالى فيما إذا شرط فى بيع العبد أن لايكسوه إلا كذا أن يصح و يلغى الشرط وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل فى الأصل والثمرة معاً إذ الثمرة تابعة للشجرة فى التسليم والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك وكذلك من وقفت على كلامهم من الأصحاب أطلقوا المسألة و يشهد لذلك كلام الشافعى الذى قدمته فى بيع الدار بمسيلها وطرقها وهى غير معلومة لأن ذلك بيع وذلك ظاهر إذا قلنا يجوز بيع الطلع فى قشره وهو الأصح (أما) إذا منعناه فيحتمل أن يقال انه يجوز أيضاً تبعاً كما سقط شرط القطع ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح (القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الاشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصى فملكها و بقيت الأصول للورثة اذا باع الثمرة فى هذه الصورة من مالك الاصول هل يصح من غير شرط القطع فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذى جزم به المصنف فى التنبيه وصححه الجرجانى والغزالى وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجى أنه ظاهر المذهب لانه لوشرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد قاله القاضي حسين فى الزروع واعترض على القياس الذى ذكره المصنف بالفرق فانه إذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة فى الحديث متوقعة

الشقص من يد الزوجة ثم طلق الزوج أو من يد المشترى ثم انه أفلس فلا رجوع للزوج والبائع الى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع الى الثمن وحق الزوج الى القيمة فى مالها كما لو زال الملك ببيع أو غيره ولو طلقها قبل علم الشفيع وأخذ النصف ثم جاء الشفيع ففى استرداده ما أخذه الزوج وجهان كما اذا جاء بعد الرد بالعيب وحكى الامام طريقة أخرى قاطعة بالمنع لان المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار فيبعد نقصه وان قلنا يسترده أخذه وما بقى فى يدها والا أخذ مافى يدها ودفع اليها نصف مهر

من أكل المال بالباطل (وأما) اذا باعها مع الشجرة فعلي تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثانى) وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والقاضى أبي الطيب والمحاملي والروياني والشاشي وابن أبي عصرون والجمهور على ما حكاه الرافعي أنه لا يصح والفرق بينه و بين ما إذا جمعها عقد واحد أن العقد إذا جمعها كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس بخلاف ما إذا أفردت وقال الروياني مع تصحيحه لهذا الوجه ان الاول ظاهر المذهب وقال فى إيجابه انه أعني أظهر القولين (١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان *

﴿ فرع ﴾ على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليله (٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج وأبدى ابن الرفعة فيه نظراً أخذاً من قول القاضى حسين قال بعضهم و يمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشار اليه فى الحديث وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقق التسليم اقتضى الصحة لأن التسليم متحقق فان الاصل فى ملك المشترى فلا علاقة لغيره فى المبيع وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعها معاً أن الأصل الشجر والثمار فيها وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ولا كذلك إذا بيعت منفردة قال وهذا القائل تخير أن يقول ان التسليم لا يحصل بذلك والا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب أن من فى يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لابد من النقل والتحويل ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه و بين النخل شملها وعن ابن الصباغ والبندنيجى والمحاملى أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس وما ادعوه من القياس فيه نظر والله أعلم * ولنرجع الى كلام المصنف (قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز وقد تقدم بسط ذلك و بيانه فى ذكر حججنا وحجج

(١و٢) بياض بالاصل

المثل ولو كان للشقص الممهور شفيعان فطلبا وأخذ أحدهما نصفه وطلقها قبل أن يأخذ الآخر فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع (وأما) النصف الآخر فهو أولى أم الشفيع فيه الخلاف السابق ويجرى فيما اذا أخذ الشفيعين من يد المشترى ثم أفلس فان قلنا الشفيع أولى ضارب البائع مع الغرماء بالثمن (وان قلنا) البائع أولى فان شاء أخذ النصف الباقى وضارب مع الغرماء بنصف الثمن والا تركه وضارب بجميع الثمن *

الخصم (وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذى تكلمنا عليه ثانيا وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم مافى ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه والا فقد يتراضيان على بقائه وقد تقدم انه يجوز ذلك عندنا (وقوله) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه اشارة الى أن الغرر لا ينتفي ولكن لايكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر فى الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك انه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب فى هذا الموضع (والأصح) فى المذهب خلافه كما تقدم (وقوله) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره هو هذا القسم الثالث الذى شرحته وقد تقدم وسيأتى القسم الآخر الذى بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى *

﴿ فرع ﴾ إذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق ثم باع من مشتريها النخل بعد ذلك صح بيعه النخل ولا يصح بيع الثمرة بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام فى كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما إذا زارعه على الارض بين النخيل ثم ساقاه عليها أنه يصح و يتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده فى بيع الثمار اذا تقدمت واستأجر عنه بيع الأشجار هذا مايتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحد والاقسام التى فى الثمار عائدة بعينها فى الزروع (القسم الاول) أن يبيعها مفردة عن الارض من غير مالك الارض قبل الاشتداد فان باعها بشرط التبقية أو مطلقاً بطل للحديث وهو قوله « وعن السنبل حتى يبيض و يأمن العاهة » وفى الحديث الآخر «وعن بيع الحب حتى يشتد» وقياس مذهب أبى حنيفة وتجويزه البيع فى الثمار مطلقاً أن يجوزه فى الزروع أيضاً وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم فى الثمار وخالف سفيان الثورى وابن أبى ليلي كما خالفا هناك فقالا لايجوز مطلقا واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبى ليلى أيضا على أنه لافرق فى الزرع فى السنبل والفصيل يمتنع بيع الفصيل من غير شرط القطع وخالف ابن حزم الظاهرى فجوزه تمسكا

قال ﴿ واحترزنا بالمعاوضة عن ملك حصل بهبة أو إرث أو رجع باقلة أو رد بعيب * فلاشفعة فى شيء من ذلك * وتثبت (ح) الشفعه فيما جعل أجرة فى إجارة * أو صداقا فى نكاح * أوعوضا في كتابه أو خلع أو صلح عن دم عمد أو عن متعة نكاح * ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه ثم عجز ورق ففى الشفعة خلاف اذ خرج عن كونه عوضاً * ولو أوصى لمستولدته بشقص ان خدمت أولاده شهراً ففيه خلاف لتردده بين الوصية والمعاوضة ﴾*

بأن

بأن النهى إنما ورد عن السنبل قال ولم يأت فى منع بيع الزرع مذ ينبت إلى أن يسنبل نص أصلا وروى عن أبى إسحق الشيبانى قال سألت عكرمة عن بيع القصيل فقال لابأس فقلت انه سنبل فكرهه قال وهذا نفس قولنا وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف فى الزرع الماوردى والرافعى وغيرهما * ولو باع القت أوالقصيل بشرط أنه يرعى دوابه لايصح ولايجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمى * (واعلم) أن الأصحاب اتفقوا فيما أعلم على اشتراط شرط القطع فى هذا القسم وقال الغزالى فى الوسيط (أما) البقل إن بيع مع الأصول فلا يشترط القطع وان بيع دون الأصول ينزل على القطع قال ابن أبي الدم يريد به أنه لابد من شرط القطع قال الامام لابد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى فى محيطه إنه لابد من شرط القطع وذكره الشيخ فى البسيط فى الزرع الأخضر وهكذا ذكره الجماعة فى الزرع الأخضر وكان يمكن أن يقال لايشترط اشتراط القطع فى هذا بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع خوفا من الاختلاط بخلاف الثمار ولفظ الشيخ فى الوسيط يشعر به لكن المنقول ماذكرته هذا كلام ابن أبي الدم * وقال ابن الرفعة إن الأشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينته إلى الحالة التى يجذ فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى وعليه يحمل كلام الغزالى لأنه ذكره عند الكلام فى بيع مابدا صلاحه فظاهر نصه فى الام يدل على ذلك لقول الشافعي فيها لايجوز أن يباع القرط الاجذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه فى جذاذه عند ابتياعه وقال فى هذه الحالة انه إذا تركه من غير شرط فى العقد أياما وقطعه يمكن فى أول منها كان المشترى منه بالخيار فى أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقض البيع (قلت) وهذا حمل حسن وعليه يدل كلام القاضى حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ماسيأتى عنه فى بدو الصلاح وأنه جعل لذلك النوع حالة إصلاح ولكن فى كلام الشافعي الذى اعتضد به ابن الرفعة مايفهم أنه إذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لانه يؤدى إلى اختلاط فان ثبت ذلك وثبت أنه لايشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعاً مما بدا صلاحه لايجوز فيه شرط التبقية ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه (أما) الزرع الذى يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد سواء كان بقلا أو قصيلا أوسنبلا مالم يشتد وقال الشافعى

القيد الثالث فى ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلا بمعاوضة فيخرج عنه ماإذا ملك بارث أو هبة أو وصية فانه لايؤخذ بالشفعة (أما) الارث فلأن الوارث لااختيار له فى حصول الملك بخلاف ما إذا ملك اختياراً فانه كان من حقه أن لايدخل على الشريك ولايضر بنفاذه فإذا فعل سلط الشريك عليه (وأما) الهبة والوصية فلأن المتهب والموصى له تقلدا المنة من الواهب والموصى بقبول تبرعهما ولو أخذ الشفيع لأخذ

أيضاً لايجوز بيع القصيل الاطلى أن يقطع مكانه مما يستخاف أولا يستخاف ولايزيد وهذا النص يحمل على مالم يبد صلاحه ولا ينافى ماقاله ابن الرفعة وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا (وأما) الاول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع مابدا صلاحه والله أعلم *

(القسم الثانى) أن لايباع الزرع مع الارض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الاشجار وممن نص عليه م المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى و بقية لاصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا ﴿ تنبيه ﴾ اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد أو تسنبل ولم يشتد ولذلك صرح به الاصحاب وهو باطلاقه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرئياً كالشعير أو غير مرئى كالحنطة وانما فصلوا بين المرئى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ماسيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبعية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الوضعين والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضاً (القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الارض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة جزم المصنف في التنبيه بالجواز وذكر ههنا الوجهين وقد تقدم ذكرهما ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والروياني والجرجانى والمتولى ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضاً يدل له وكثير من الاصحاب يقتصرون على حكم الثمار وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع قال القاضى حسين وغيره فعلى قولنا لايحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد وفيه ضرر على المشتري *

﴿ فرع ﴾ قول المصنف هنا إذا باع الزرع ممن يملك الأرض وقال فى التنبيه من صاحب الاصل فظاهره أيضاً أنه المالك فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) إذا استأجر أرضاً وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه ثم اشتراه البائع مطلقاً هل يكون كالمالك أو لو كان المالك غير مستحق المنفعة بان كانت مستأجرة مثلا هل يستمر الحكم المذكور أو نقول ان المالك فى هذا الوقت لايد له ولا منفعة فهو كالأجنبي (وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك لان الشجرة لايجوز استئجارها كما صرح به بعض الاصحاب فى هذا الباب *

عن استحقاق ولو تسلط فلا يكون متقلداً للمانة ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفعة بما أخذ به المتملك ولو وهب بشرط الثواب أو مطلقاً وقلنا إنه يقتضى الثواب فوجهان (أصحهما) أنه يؤخذ بالشفعة لأنه مملوك بعقد معاوضة (والثانى) لايؤخذ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة وعلى الأول ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان (أظهرهما) الأخذ لأنه صار بيعا (والثانى) لا لأن الهبة لاتتم إلا بالقبض وهذا هو

﴿ فرع ﴾ لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض فانه يصح و يشترط فيه ذكر القطع قاله القاضي حسين وصاحب التتمة والخوارزمي وهو ينبغي أن يكون تقييداً لما تقدم من الاطلاق وعلى قياسه إذا باع الشجرة بالشجرة *

﴿ فرع ﴾ قد تقدمت الاحاديث الواردة فى المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح (ومنها) ماهو مطلق (ومنها) ماهو وارد فى النخل قال ابن عبد البر ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل فى معنى ثمر النخل وأنه إذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه *

﴿ فرع ﴾ لافرق فى الثمار بين مايجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والرانج كلها تجرى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح و بعده ومنفردة وتابعة والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ الفجل المغروس فى الارض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز أوالتبقية أو أطلق لم يجز وان اشترى أصله المغروس فى الارض لم يجز سواء قلنا بيع الغائب باطل أوصحيح لانه لايمكن رده إلى البائع على صفته قاله القاضي أبوالطيب والقاضي حسين وغيرها *

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد و يؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب و بيع المجهول ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث وقال فى الجوز ونحوه اذا كان فى الأرض و لكن بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة إذا رأى ظاهرها دون باطنها وسيأتي عن الامام أن البقول التى تتزايد لايجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقاً وليس لها حالة كمال بدو الصلاح *

﴿ فرع ﴾ قال ابن الحداد فى المولدات باع نصف ثمرة على رؤس النخل قبل زهو الثمرة فالبيع باطل لأنه لايمكن أن يقسم وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضي حسين فى الزرع والروياني فى الزرع والثمرة جميعاً وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الاصحاب ونص عليه الشافعي فى الصلح أنه لايجوز على نصف الزرع وذكره المزني آخر مسألة فى كتاب الصلح قال الرافعي وغيره وعللوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع ولا يمكن قطع النصف مشاعاً الا بقطع

الخلاف فى أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى ولو اشترى شقصا ثم تقايلا فان كان الشفيع قد عفا فتجدد الشفعة ينبني على أن الاقالة فسخ أم بيع (إن قلنا) بيع تجددت وأخذه من البائع (وإن قلنا) فسخ لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب لأن الفسوخ وان كانت تشتمل على تراد العوضين فلا تعطى أحكام المعاوضات ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول وان جرت الاقالة قبل علم الشفيع بالشفعة

الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فاشبه ما اذا باع نصفا معينا من سيف أو اسطوانة وعليها سقف دار بحيث لايمكن تسليمها الا بهدم الدار فانه لايصح العقد فيه وقال الرافعى وما ذكروه من أن قطع النصف لايمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة (أما) اذا جوزنا قسمة الثمار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل بأن يقسم أولا فليكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القسمة لامطلقا وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد قال القاضى أبوالطيب وهو الصحيح (قلت) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب لايجوز قطعاً وفى العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملي أنه لايجوز وان قلنا إنها إفراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز وان قلنا انها بيع ومحل الطرق الثلاث على مانبه عليه المحاملى مابعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزماً وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقاً وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما وفى الرطب والعنب إما جزما على ماقاله المحاملى واما على الأصح إذا جعلنا الخلاف مطلقا وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخلاف فى القسمة وان كان مخالفا لما قاله المحاملى فليس فيه تصحيح للجواز لانه لم يذكر هنا أما الاصح عنده فى القسمة وقد صحح الرافعى فى باب الربا أن قسمة ذلك تبع فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لايجوز قسمتها وان كان فى باب القسمة حكى اختلاف التصحيح فى قسمة المتشابهات وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعى عن أبى الطيب من آخر الخلاف فى ذلك والذى ادعاه ابن أبى الدم أنه لاخلاف فى البطلان وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الاصحاب في التعليل وأن أبا الطيب قال الصحيح ماعلل به ابن الحداد وقد نص الشافعى على هذه العلة فالتصحيح حينئذ فى التعليل ولا خلاف فى الحكم وقد قال الشافعي رضى الله عنه فى باب بيع الآجال من الام انه اذا كان بين القوم حائط فيه التمر لم يبد صلاحه فارادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والارض حصة من الثمن وللثمرة حصة من الثمن فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة لابخرص ولا تبع ولا تجوز قسمته إلا أن يقتسما الاصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ أو كانت قد بلغت

فان جعلنا الأقالة بيعا فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بها و بين أن ينقضها حتى يعود الشقص الى المشترى فيأخذ منه وان جعلناها فسخا فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب وقد سبق ويدخل فى الضبط ما اذا جعل الشقص اجرة فى اجارة أو جعلا فى جعالة أو رأس مال فى سلم أو أصدق امرأته شقصا أو متعها به أو خالعها على شقص أو صالح عليه على مال أو دم أو جراحة أو جعله المكاتب

غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفرداً وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمره ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة واذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم احداها بالآخر وفيهما ثمرة لانه ليس فى تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا فى يد بيد انتهى فهذا نص فى امتناع القسمة قبل بدو الصلاح وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا لكن قوله غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفرداً يقتضي جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل * (واعلم) أن ابن الحداد علل المنع فى ذلك بامتناع القسمة كما رأيت وغلطه بعض الاصحاب فى التعليل وقال ليس العلة أنه لا يصح قسمتها فان البيع لا يصح وان قلنا قسمتها صحيحة وأن القسمة إفراز وانما لم يصح ذلك لان اشتراط القطع لا يصح فيها لان نصفها مشاعا لا يمكن قطعه قال القاضى أبو الطيب هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح والتعليل هو الذى ذكره ابن الحداد ونص الشافعى كذلك قال فى الصلح لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد هى الصحيحة وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم ثم قال القاضى أبو الطيب بعد ذلك انه إذا قلنا تصح قسمة الثمار صح بيعه لأن شرط القطع يصح فيه فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع لم يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه (وأما) إذا قلنا لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح لأن البائع لا يجبر على قطع مالم يبع والشرط فيه لا يصح ولا يمكن قطع المبيع منفرداً لانه مشاع وهذا الذى قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها والله أعلم * ولم أر أحداً صرح بجواز بيعها غير القاضى فى هذا الكلام الذى قاله ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء على القسمة وما أفهمه نص الشافعى وللقائل أن يقول ليس التمسك بمفهوم ذلك على إثبات خلاف فى هذه المسألة باولى من التمسك به على امتناع القسمة والجزم بامتناع البيع ههنا وكيف ماقدر فالمنع فى هذه المسألة اما

عوضا عن النجوم فتثبت الشفعة فى ذلك كله خلافا لأبى حنيفة حيث قال لا تثبت الشفعة الا فى الشراء وهو رواية عن أحمد لنا قياس ماعداه عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاوضة ولو أقرضه شقصا قال فى التتمة القرض صحيح وللشفيع أخذه اذا ملكه المستقرض وانما تثبت الشفعة فى الجعالة بعد العمل فان الملك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان (أحدهما) لو بذل المكاتب شقصا عوضا

أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به واذا نظرت الى كلام الرافعى بمجرده وما قاله فيما اذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز وما حكاه عن أبى الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح وفى ذهنك أن قسمة المماثلات افراز توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة وليس كذلك بل الزرع لايجوز جزما لانه لاتجوز قسمته خرصاً جزما والثمار غير الرطب والعنب كذلك والرطب والعنب يجرى فيهما الخرص وفى قسمتهما خرصاً خلاف المنقول عن نصه فى الصرف الجواز وذكر الرافعى أنه الاصح تفريعاً على أن القسمة افراز لكنه ذكر فى ذلك الموضع أن الاظهر أنها بيع فيكون الاظهر امتناع البيع فى ذلك والعجب من القاضى أبى الطيب كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته مع أنه جزم فى باب الربا بأنه لاتجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصاً وانما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصاً ولا أعلم أحداً صرح بذلك إلا أن لنا وجهاً ضعيفاً أن الخرص يجرى فى غير الرطب والعنب فيجىء على مقتضاه خلاف فى قسمة ذلك خرصاً قال ابن الرفعة (فان قلت) الاصحاب قالوا فى كتاب المساقاة إن بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح وان لم تجز القسمة (قلت) صحيح لان التبقية تجب على البائع وهى تستلزم تبقية الباقى اذا لم تجز القسمة بالخرص وليس فيها تغيير عين المبيع والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح وكانت الثمار تابعة قاله الرافعى وغيره وكذا إذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة قاله الخوارزمى فلو شرط القطع فى ذلك احتمل أن يكون اشتراطه فى بيع كل الثمرة مع كل الأصل واحتمل أن يكون أولى بالفساد لأجل امتناع القسمة ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر فباع نصف الثمرة من مالك النخل أو نصف الزرع من مالك الأرض فوجهان مبنيان على الوجهين فى اشتراط القطع لو باع الثمرة كلها من صاحب الاصل قاله القاضى حسين فى الزرع والرافعى في الثمرة وقد تقدم الخلاف فى الاصح من الوجهين وان الأصح الاشتراط فيجىء عليه أن الاصح هنا عدم الصحة ولو كانت الثمار والاشجار أو الزروع والارض مشتركة بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح وقال الخوارزمي ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقاً ولا بشرط القطع على الاصح فاشعر بخلاف ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف

عن بعض النجوم ثم عجز ورق ففي بطلان الشفعة وجهان ينظر فى أحدهما الى أنه كان عوضاً أو لا وفى الثاني خروجه أجراء عن العوضية وهذا الأظهر والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما اذا كان الثمن عينا وتلف قبل القبض (الثانى) لو قال لمستولدته ان خدمت اولادى شهرا فلك هذا الشقص فخدمتهم استحقت الشقص وفى ثبوت الشفعة فيه وجهان (أحدهما) تثبت لانها ملكته بالخدمة فكان كالمملوك بالاجارة

الثمرة والزرع مشاعا على قولنا القسمة افراز ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الارض فإن باعه مطلقاً لم يجز وان كان بشرط القطع صح لان جملة الثمار أو الزرع تصير للمشترى وجملة الشجر أو الارض تصير للآخر وعلى مشترى الثمرة أو الزرع قطع الكل لانه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشترى بالشرط والتزم تفريغ الاشجار والارض لصاحبه و بيع الشجرة أو الارض على أن يفرغها للمشترى جائز قاله القاضي حسين فى الزروع والرافعي فى الثمار وكذلك القاضي أبو الطيب فى شرح الفروع * ولو كانت الاشجار أوالارض لواحد والثمرة أو الزرع لاثنين فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة أواشترى صاحب الارض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الارض بشرط القطع صح قاله الرافعي وان كان بغير شرط القطع ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضي حسين فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الارض فيشترط شرط القطع قولا واحداً وقال الخوارزمي فى الكافى لو كان الزرع لهما والارض لاحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لايجوز لامطلقاً ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ولو كانت الارض لاثنين والزرع لواحد عكس ماتقدم فان باع الزرع من أجنبي فالحكم واضح وان باعه من مالك الارض فيخرج على الوجهين وان باع الكل من أحدهما لم يصح وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين إن قلنا لايحتاج إلى شرط القطع جاز والا فلا قاله القاضي حسين ولو كان الزرع لواحد والارض لآخر فباع الزرع بالارض فقد تقدم ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الارض بنصف ارضه قال فى التتمة فان قلنا انه إذا باع الزرع من مالك الارض بشرط القطع فالعقد صحيح و يشترط القطع فى الكل لان كل الزرع مبيع (وان قلنا) لايعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل لان شرط القطع فى النصف مبطل للعقد لان الارض ملكه ولا يمكن افراز النصف بشرط القطع فيه لان النصف لايعرف إلا بالقسمة ولو اشترى جميع الارض بنصف الزرع فيها فالعقد باطل قاله فى التتمة واطلاق صدر المسألة فى أنه لايجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال فى التتمة لايجوز لان النصف الذى هو مبيع مع الارض لايجوز شرط القطع فيه والنصف الذى هو مبيع دون

وسائر المعاوضات (وأظهرها) المنع لأنها معتبرة من الثلث كسائر الوصايا وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية (وقوله) فى الكتاب علي ملك حصل بهبة اعلم لفظ الهبة -بالميم- لأنه روى فى الوسيط عن مالك انه يأخذ الموهوب بالقيمة وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره فى الشامل وقوله أو رجع باقالة معلم -بالواو- ولماذكرنا ويجوز أن يعلم -بالحاء- لان صاحب الشامل حكى عن أبي حنيفة ثبوت الشفعة فيه وكذا

الارض لابد من شرط القطع وشرط القطع فى النصف لايمكن والله أعلم * ولو استثني نصف الثمرة غير المؤ برة فقد تقدم فى موضعه *

﴿ فرع ﴾ رأيت فى المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الارض جاز فان باعه مع بعض الارض أو دون الارض لم يجز ولم يتضح لى ذلك ولعله غلط فى النسخة *

﴿ فرع ﴾ فى رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى فى موضعه أن يسر الله ذلك *

﴿ فرع ﴾ قال أحمد بن بشر عن نصه ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها *

﴿ فرع ﴾ البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الارض فيستغني عن شرط القطع وتكون الارض كالشجرة (والحالة الثانيه) ان يفرد أصول البطيخ بالبيع قال العراقيون والامام وغيرهم يجوز ولا حاجة الى شرط القطع اذلم يخف الاختلاط ثم الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث يكون للمشترى قال ابن الرفعة ولم يخرجوه على ما إذا أطلعت النخلة بعد البيع وكان بعض ثمرتها مؤ برة حين البيع لاجل أن ذلك يعد حملا واحدا وهذه بطون وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع فان شرط فلم يتفق حتي وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما فى نظيره ان شاء الله تعالى ولو باع الاصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الاخضر فاذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشترى قال ابن الرفعة وفى صحة البيع نظر لان مثله لاينتفع به الانتفاع المقصود (الحالة الثالثة) ان يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الارض فالذى قاله القاضى ابو الطيب وغيره من العراقيين الصحة وقال الامام والغزالى والمتولى لابد من شرط القطع لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة وذكر ابن الرفعة ان هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه واعتمد فى ذلك على فهمه الكلام جماعة من العراقيين والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال قضية ما نقلناه فى بيع الاصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط انه لاحاجة لشرط القطع فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك وهذا الذى قاله الرافعى متعين اما أن يقال بالجواز فى المسألتين أو بالمنع فيهما والاول أقرب الى كلام العراقيين (والثانى) مقتضى

فى الرد بالعيب اذا جرى بالتراضى (وقوله) تثبت الشفعة فيما جعل اجرة معلم - بالحاء - ويجوز أن يعلم - بالواو - لأن فى أمالى أبى الفرج السرخسى أن صاحب التخليص قال إذا كان مايقابل الشقص مما لايثبت فى الذمة بالسلم ولا بالقرض فلا شفعة فيه لأنه تعذر أخذه بما ملك به المتملك وهو غريب (وقوله) أو صالح عن دم عمد ربما يبحث فيه عن سبب التيقيد بالعمدية واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم الى

كلام القاضي حسين والفوراني والامام يلزمه الفرق بين بيع الاصول وحدها وبيع الاصول مع البطيخ حيث قال بالصحة في الاول ومنع في الثاني وكيف ماقدر فالصحيح مافهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضعين وفي كلام الشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك (الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح وان كان بدا الصلاح في كله او بعضه نظر ان كان يخاف خروج غيره فلابد من شرط القطع فان شرط فلم يطقع في الأنفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى * وقال ابن الرفعة قد يقال ان ذلك ظاهر على قولنا إن الاختلاط اذا حصل يبطل البيع أما اذا قلنا لا يبطل فيصح ههنا والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك ههنا وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة والله أعلم *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاذ للخبر ولأن اطلاق البيع يقتضي التبقية الى أوان الجذاذ فاذا شرط التبقية فقد شرط مايقتضيه الاطلاق فجاز ﴾ *

﴿ الشرح ﴾ القسم الرابع من الاقسام المتقدمة وان شئت قلت الثاني أن يبيع الثمار بعد

مالا يوجب القصاص واقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرنا في كتاب الصلح والى مايوجبه والصلح ههنا مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا فاذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر وأعم فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص (وقوله) ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نجومه أشار به الى أن نفس الشقص لا يمكن الكتابة عليه لأنه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات والمعين لا يملكه العبد وهذا هو المراد بقوله قبله أو عوضاً عن كتابة *

قال ﴿ ولو اشترى الوصي للطفل وهو شريك أخذ (و) بالشفعة لنفسه * ولو باع شقص الطفل لم يأخذه (و) لأنه متهم كما لو باع من نفسه * والأب يأخذ فانه غير متهم * ولذلك يبيع من نفسه * ولو كان له في الدار شركة أخرى قديمة فيترك (و) عليه ما يخصه لو كان المشترى غيره ﴾ *

فيه مسألتان (الأولى) إذا باع الوصي أو القيم شقصاً للطفل وهو شريك فيه فأصح الوجهين و به قال ابن الحداد وهو المذكور في الكتاب أنه ليس له أخذه بالشفعة لأنه لو تمكن منه لم يؤمن أن

بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا وقسمه الاصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لاحكام تترتب على ذلك (الحالة الاولى) ان يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ومن ادعى الاجماع فيه الماوردي ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الاحاديث المتقدمة المتضمنه النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فان مفهوم الغاية يقتضي جواز بيعها عند بدو الصلاح عند القائلين بالمفهوم واما زوال الحالة المقتضية للتحريم فيرجع الى أصل حل البيع عند من لايقول بالمفهوم وهذا لابد من الاعتضاد به فان في التمسك بالمفهوم في الاحوال الثلاثة بحثا من جهة ان المفهوم له عموم أولا قال شارح البرهان في أصول الفقه ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم وان استند الى ان ذلك من جهة اللفظ عم وعزى الاول الى الشافعي لكنا قدمنا عن الشافعي مايقتضي خلاف ذلك فان صح ماقدمناه عن الشافعي اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين ولا احتياج الى الاعتضاد بالاصل المذكور والقياس الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالي على ماقبل بدو الصلاح وقد تقدم الكلام في البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح والله أعلم * وفي هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ولو تراضيا على الترك جاز وكذلك يأتى ههنا بطريق أولى قال الامام ولاشك ان هذا يعني جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس وابتياع البناء كذلك (الحالة الثانية) ان يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بلاخلاف للخبر وقد تقدم مافي ذلك والقياس الذي ذكره المصنف قال الشافعي رضى الله عنه

يترك النظر والاستقصاء للصبي ويتسامح في البيع ليأخذ بالشفعة بالثمن البخس وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه (والثاني) عن رواية صاحب التقريب وبه قال أبو الحسين بن القطان أن له الأخذ لأنه حق ثبت له على المشترى بعد تمام العقد وانقطاع ملك الطفل * ولو اشترى شقصاً للطفل وهو شريك في العقار (فالمشهور) أنه يأخذ لأنه لا تهمة ههنا إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به ونقل في الشامل وجها آخر لأن في الشراء أو الأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير منفعة له وللأب والجد الاخذ بالشفعة اذا كانا شريكين سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما ولهذا كان لهما بيع مال الطفل من أنفسهما * ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل فله أخذه بالشفعة للثاني لأن الأول قد يحتاج الى البيع والثاني الى الاخذ * ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه ففي الشفعة وجهان أيضاً لكن الشيخ أبا على قال ان الاكثرين ههنا على أنه يأخذ لان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان عثر على تقصير من الوكيل والصبي عاجز عن ذلك فيصان حقه عن الضياع * ولو وكل انسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر فله الاخذ بلا خلاف *

والاصحاب وفى هذه الحالة للمشترى تركها الى أوان الجذاذ وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يجب على المشتري قطعها فى الحال بناء علي أصله فى أن اطلاق العقد يقتضى القطع واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف و بقوله ﷺ فى بيع الثمرة قبل بدو الصلاح «أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ احدكم مال أخيه» قال القاضى أبو الطيب هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ لأنه لو وجب قطعها فى الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف وقال الحنفية أن هذا كمن قال بعتك هذا بالف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير وكانت قيمته فى العرف الف درهم فالعرف يقتضى أن العاقد لايشتريه بالف دينار ومع ذلك العقد باطل واجاب أصحابنا بان فى العرف من أطلق الالف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للابقاء وطمع فى الابقاء لاينسب الى الجهل ولايعد مقصرا بتركه (الحالة الثالثة) ان يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا و به قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لايصح تمسكا بان ذلك ينافى مقتضى هـذا العقد الخاص التبقية وعن الثانى بما اذا اشترى داراً وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة وتمسك المصنف وأصحابنا فى ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه وقد تقـدم مافى ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم والتمسـك بالقياس مبني على اقتضاء العرف لذلك والله عز وجل أعلم *

﴿ فرع ﴾ أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها ومراده بذلك ان المنع الذى كان

وقال أبو حنيفة فى الوكيل والوصي معاً تثبت الشفعة فى الشراء ولاتثبت فى البيع * ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه أوأذن له فى بيع نصيبه أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل ان شاء فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقة واحدة فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان (المسألة الثانية) إذا كان المشترى فى الدار شركة قديمة بأن كان بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين فأصح الوجهين وهو المذكور فى الكتاب و به قال أبو حنيفة والمزنى ان المشترى والشريك الآخر يشتركان فى المبيع لاستوائهما فى الشركة كما لو كان المشترى غيره * وعن ابن سريج أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة ولا حق فيه للمشترى لان الشفعة تستحق على المشترى ولا يجوز أن يستحقها المشترى علي نفسه فعلي هذا الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع أو يأخذ الجميع وعلى الاصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع أو يترك فان قال خذ الـكل أو اترك الـكل وقد تركت أنا حقى لم تلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشترى الشفعة لان ملـكه مستقر على النصف بالشراء فاشبه ما اذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فاخذ الجميع الحاضر ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه وليس للحاضر

قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه المذكورة فى مواضعها فالشعير يجوز بيعه لانه مشاهد فى سنبله وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى أو زرع بارزحبه في غير كمام كالشعير والذرة وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته فى بقائه فيها كالرمان والباذنجان والارز على خلاف فيه وأما ماعليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس أو قشرتان ما كالفستق والبندق والجوز واما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء و بيع الحنطة فى سنبلها فى باب مانهى عنه من بيع الغرر فلا حاجة الى اعادة شرحه والله أعلم * وماأشرت اليه من المعنى بقولي ان المنع الاول ارتفع ببدو الصلاح جواب على تمسك الخصم بالمفهوم وان قلنا أن له عموما فانه يقتضى ارتفاع ذلك النهى اما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا كقوله «ألا لاتوطأ حامل حتى تضع» فهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لاجل النسب ويبقى النهى لأجل الاذى حتى تغتسل *

﴿ فرع ﴾ قال القاضى حسين بيع الزرع وحده ان كان بذراً لم يصح على الصحيح وقصيلا جاز بشرط القطع أو بعد الاشتداد بارزا كان كالشعير والجاروش والدخن او متسنبلا فى كمام فقولا بيع الغائب فان باع الأرض مع الزرع فان كان أخضر صح فيهما أو مشتد الحبات بارزاً فكذلك أو مستتراً فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد بطل ههنا فيه وفى الأرض قولا تفريق الصفقة وان صححنا فيه مفرداً ولكن تثبت خيار الرؤية فههنا قولا الجمع بين مختلفى الحكم *

﴿ فرع ﴾ قصب السكر صلاحه فى بقائه في قشره كالجوز فى قشره الاسفل وقد صرح

أن يقول له اترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حتى ولا نظر الى تبعض الصفقة عليه فانه يلزمه دخوله فى هذا العقد * وعن رواية الشيخ أبى على وجه أنه اذا ترك المشترى حقه وجب على الآخر أخذ الكل أو ترك الكل كما إذا باع من أجنبي وله شفيعان فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل أو يترك إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك ههنا وفيما نحن فيه اختيار التملك بالشراء فلم يؤثر الاعراض بعده * ولو كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث ثم باع النصف الثانى من ذلك الثالث فعلى الاصح حكمه حكم مالو باع النصف الثانى من أجنبي وهو المذكور فى الباب الثانى وعلى ماذكره ابن سريج لاشفعة للمشترى فللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر * وإذا عرفت ماذكرناه أعلمت قوله في الكتاب أخذ بالشفعة لنفسه ـ بالواو ـ وكذا (قوله) لم يأخذ فانه متهم وكذا (قوله) فيترك عليه مايخصه *

قال ﴿ولو باع المريض شقصا يساوى الفين بالف من أجنبي والوارث شريك فلا يأخذ بالشفعة لأنه يصل اليه المحاباة * وقيل يأخذ لأن المحاباة معه ليست من المريض * وقيل لايصح البيع لتناقض الاثبات والنفى جميعاً * وقيل يأخذ الوارث بقدر قيمة الألف والباقى يبقى للمشترى مجانا ﴾ *

الماوردى بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة قال ابن الرفعة ولولا جواز بيعه فى قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه و يبقى إلى أوان قطعه *

﴿ فرع ﴾ الكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة يظهر جواز بيعه لأن مايغزل منه ظاهر مرئى والشاش في باطنه كالنوى فى التمر ونحوه لكن هذا لايتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ البقل إذا بيع مع الاصول قال الغزالى لايشترط القطع فانه لايتعرض لعاهة وقال صاحب التهذيب لايجوز بيع القت والبقول فى الارض دون الارض إلا بشرط القلع أو القطع سواء كان مما يجذ مراراً أولا يجذ الا مرة واحدة غير أنه إذا باع مايجذ مراراً بشرط القطع لايجوز قلعه لانه لم يملك الاصل وما لم يجذ إلا مرة واحدة يجوز وقال القاضى حسين إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح و يؤمر بالقلع ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ويكون بيع الغائب ولو باع الأرض التى فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل فى العقد كاصول الاشجار وما ظهر لايدخل ويؤمر البائع بجذه فى الحال وكذلك القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث والفرق على رأى الغزالى بين البقل حيث قال انه لايجوز بيعه بأصوله إلابدون شرط القطع وبين البطيخ حيث قال انه لايجوز بيعه مع أصوله إلابشرط القطع أن ماظهر من أصول البطيخ هو الذي تتكرر ثمرته دون مابطن من عروقه ولهذا إذاقطع الظاهر لم يخلف واذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما

إذا باع فى مرض موته شقصاً وحابى فلا يخلو إما أن يكون المشترى والشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً أو بالعكس والمذكور فى الكتاب هو القسم الرابع ونحن نذكر اربعتها (الأول) أن يكونا أجنبيين فان احتمل الثلث المحابات صح البيع وأخذ الشقص بالشفعة ولا إشكال وان لم يحتمله كما إذا باع شقصاً يساوى الفين بألف ولا مال له غيره نظر إن رده الورثة بطل البيع فى بعض المحاباة وفى صحته فى الثانى طريقان (أحدهما) التخريج علي الخلاف فى تفريق الصفقة (والثانى) القطع بالصحة (واذا قلنا) بالصحة ففيما يصح فيه البيع قولان (أحدهما) أنه يصح فى قدر الثلث والقدر الذى يوازى الثمن بجميع الثمن (والثانى) أنه لايسقط شيء من المبيع إلا و يسقط مايقابله من الثمن وقد وجهنا كل واحد من الطريقين والقولين وتكلمنا فيما هو الأظهر فى تفريق الصفقة (فان قلنا) بالقول الأول صح البيع فى الصورة المفروضة فى خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن (وان قلنا) بالثاني دارت المسألة وحسابها أن يقال صح البيع فى شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة الفان إلانصف شيء وذلك يعدل مثلي المحاباة وهو نصف شيء فتلا هاشيء فيجبر و يقابل فيكون

ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر فى البطيخ فلذلك استويا فى الحكم ولا كذلك مايخلف من أصول البقول ونحوه فانه الذى فى الارض ولا يخشى عليه تلك الآفات التي تخشى على أصول البطيخ والله أعلم * وان بيع البقل دون الاصول قال الغزالى يدل على القطع يعنى لان العرف يقتضيه ولايحتاج إلى شرط القطع بخلاف الزرع الاخضر فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ومن الناس من رأى التسوية فى ذلك واعترض على الغزالى فى كلامه بأن شرط القطع فى ذلك ليس بواجب قال ابن الرفعة والاشبه أنه إن لم ينته إلى الحالة التى يجذ فيها فلا يجوز بيعه إلا بشرط القطع وان انتهى جاز وعليه يحمل كلام الغزالى وظاهر نصه فى الام يدل على ذلك *

﴿ فرع ﴾ فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الاصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت فان كانت الثمرة ظاهرة اوكان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه جاز لأنه مبيع مشاهد وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج فى قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها منفردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لايجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود فى نفسه وهل يصح البيع فى الشجرة والأرض يبني على القولين فى تفريق الصفقة (فان قلنا) لاتفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل فى الجميع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع فى الشجر والأرض وللمشترى الخيار بين أن يمسك الاصل بجميع الثمن و بين أن يرده ويأخذ مادفع وقد تقدم هذا التفصيل كله فى بيع الزرع من كلام الماوردى *

الفان معادلين لشىء ونصف والشىء من شيء ونصف ثلثاه فعلمنا أن البيع صحيح فى ثلثي الشقص قيمته الف وثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلث مثلى الثمن وهو نصف هذا المبلغ فتكون المحاباة ستمائة وستة وستون وثلثي يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما الف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وذلك ضعف المحاباة وعلى القولين جميعاً للمشترى الخيار لأن جميع المبيع لم يسلم له فان أجاز أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول وثلثيه بثلثى الثمن على الثانى ولو أراد أن يفسخ وجاء الشفيع فمن المجاب منهما فيه الخلاف المذكور فى الرد بالعيب وكذلك لوفسخ قبل طلب الشفيع تبطل الشفعة أم للشفيع رد الفسخ فيه ماسبق من الخلاف وان أجاز الورثة صح البيع فى الكل ثم إن قلنا إن إجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفيع الكل بكل الثمن (وان قلنا) انها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفيع القدر النافذ باجازتهم وأخذ القدر المستغني عن اجازتهم وفيه القولان المذكوران عند الرد (القسم الثانى والثالث) أن يكونا وارثين أو المشتري وارثاً فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث

﴿ فرع ﴾ فى مذاهب العلماء وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح وقال أبو حنيفة لايجوز واحتج له بانه بيع واجارة مجهولة فاشبه اشتراط ترك القماش فى الدار (قلنا) الشجرة لاتؤجر ولا أجرة لها بخلاف الدار * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ وبدو الصلاح فى الثمار أن يطيب أكلها فان كان رطبا بان يحمر أو يصفر وإن كان عنباً أسود بان يتموه وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو وان كان زرعا بان يشتد وان كان بطيخا بأن يبدو فيه النضج وان كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل والدليل عليه ماروى أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحب حتي يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي» «وروى جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم» ﴾ *

﴿الشرح﴾ أما حديث أنس فروى البخارى منه ان النهى عن بيع الثمرة حتى تزهى وفى رواية ثمر النخل وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد وقال حسن غريب لايعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة وروي البيهقى الجميع كما ذكر المصنف لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ولفظهما عن بيع الثمرة حتى تطيب وعندهما فى رواية أخرى والافظ للبخارى رضى الله عنه «ان تباع الثمرة حتي تشقح فقيل وما تشقح قال تحمار وتصفار و يؤكل منها» وعند مسلم فى رواية «وعن بيع الثمرة حتى تطعم» كما ذكرها المصنف فاذا أردت عز وحديث جابر الذى فى الكتاب على الاطلاق قل رواية مسلم وقوله يتموه قال ابن أبى

وهى مردودة فان لم نفرق الصفقة بطل البيع فى الكل وان فرقناها (فان قلنا) هناك يصح فى ثلثيه بثلثى الثمن فههنا يبطل البيع فى الكل هكذا ذكره القفال وغيره وعلله فى التهذيب بأن البيع لايبطل فى شيء الا ويسقط بقدره من الثمن فما من جزء يصح فيه البيع الا ويكون بعضه محاباة وهى مردودة ولك هنا كلامان (أحدها) أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة فى جميع الشقص وذلك لايمنع تخصيص قدر المحاباة بالابطال ألا ترى أنه لم يمنع فى القسم الاول تخصيص ماوراء القدر المحتمل من المحاباة والابطال (والثانى) أن الوصية للوارث موقوفة على اجازة باقى الورثة على رأى كما أن الوصية بما زاد على الثلث لاتنفذ من غير اجازة الورثة علي رأى فليفرق ههنا بين الاجازة والرد كما فى القسم الأول (والرابع) أن يكون الشفيع وارثا دون المشترى فاذا احتمل الثلث المحاباة أو لم يحتمل وصححنا البيع فى بعض المحاباة فى القسم الأول ومكنا الشفيع من أخذه فههنا وجوه (أحدها) أنه يصح البيع كذلك ولا يأخذه الوارث بالشفعة لأن محاباة البائع مع المشترى وهو أجنبى عنه والشفيع يتملك على المشترى ولا محاباة معه من المريض (والثالث) أنه لايصح

عصرون يدور فيها الماء الحلو و يصفو لونها وقوله يشتد أي يصلب و يقوى وقد تقدم ذلك وقوله حتى يطعم ـ بضم الياء وكسر العين ـ و يقال ـ بفتح العين ـ وضبطه ابن البدرى انه ـ بفتح التاء والعين ـ أيضا وهى خطأ قال معناه حتى تصير طعما وقيل تبلغ حين تطعم وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا و بين حديث أنس المتقدم انه نهى عن بيع الحب حتى يشتد لان وقت اشتداده وقت مبادى بياضه (اما) الاحكام فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح فروى عن ابن عمر أن بدو الصلاح فى الثمر بطلوع الثريا وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه وحكي عن عطاء وجماعة ان بدو الصلاح ان يوجد فى الثمرة مايؤكل قليل أو كثير قال ابن المنذر ورو ينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس وروى عن النخعى ان بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها وعندى ان ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى وكان ابن عمر نما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت فتباين الالفاظ عن العلماء فى ذلك لاينبغى ان يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع الى تغير صفة فى الثمرة وذلك يختلف باختلاف الاجناس وهو على اختلافه راجع الى شىء واحد مشترك بينهما وهو طيب الاكل وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاشتداد في الحب والاسوداد فى العنب والزهو فى الثمرة وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة وهى تشمل العنب وغيره فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لانه وقت للطعم لالعينه فلذلك

البيع أصلا لانه لوصح لتقابلت فيه أحكام متناقضة لانا إن لم نثبت الشفعة أضررنا بالشفيع وان أثبتناها أوصلنا اليه المحاباة وهذا ما عناه بقوله لتناقض النفى والاثبات جميعاً (والرابع) يصح فى الجميع و يأخذ الشفيع مايوازي الثمن منه و يبقى الباقى للمشترى مجانا لان المحاباة مع الاجنبي دون الوارث فيجعل كانه باع بعض الشقص منه ووهب بعضه فيأخذ المبيع دون الموهوب (والخامس) أنه لايصح البيع فى القدر الموازى للثمن لانه لو صح فى الكل فان أخذه الشفيع وصلت اليه المحاباة وان أخذ ماوراء قدر المحاباة كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع وهو على خلاف وضع الشفعة وقد يقال فى العبارة عن هذا الوجه ان ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشترى والا فهو كما لو كان المشترى وارثا فلا تصح المحاباة والاوجه الأربعة الاخيرة تحكى عن ابن سريج وأصح الخمسة عند الاكثرين منهم أبو على صاحب الافصاح والعراقيون والاستاذ أبو منصور والامام وصاحب التهذيب إنما هو الثانى والاول عند ابن الصباغ وقضية إيراده فى الكتاب ويحسن أن يرتب فيقال فى صحة البيع وجهان ان صح فيصح فى الجميع أو فيما وراء قدر المحاباة وجهان ان صح فى الجميع بالشفعة أو ماوراء قدر المحاباة أولا يأخذ شيئاً فيه ثلاثة أوجه *

قال

قال فى الحديث حتى تطيب قال الأصحاب ولايصح ضبطه بطلوع الثريا لان من البلاد مايتأخر فيه صلاح الثمر أو يتقدم بل البلد الواحد قد يتعجل فى عام لاشتداد الحر ودوامه و يتأخر فى آخر لاشتداد البرد ودوامه وطلوع الثريا لايختلف لانها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس قالواو كذلك اعتباره بالاكل لايصح لان ثمار النخل تؤكل طلعا و بلحا والكرم يؤكل حصرماوليس ذلك صلاحاله ولا يصح اعتباره بالقوة لان قوة الثمرة قبل صلاحهاواذا صلحت لانت ونضجت وقد أشار الشافعي رضى الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح فى اجناس الثمار بقوله * وللحرير نضج كنضج الرطب فاذا رأى ذلك فيه حل بيع حريره * والقثاء تؤكل صغارا طيبا فبدو صلاحه ان يتناهى عظمه أوعظم بعضه (واعترض) عليه أبو بكر بن داود بانه اما ان يكون الشافعى رضي الله عنه أراد ان يعلمنا انه يحب القثاء فلا فائدة فى ذلك أوان يعلمنا المحسوسات ولايجوز أن يعلم الناس ذلك لانهم يعلمونه ضرورة (وأجاب) الأصحاب بان الشافعى قصد بهذا القول ان يفرق بين ماطعمه فى الابتداء مخالف لما يكون فى النهاية وان القثاء بخلاف ذلك لانه في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه فى حال كبره بخلاف بقية الثمار فانها تكون فى ابتدائها حامضة أومرة ثم تصير حلوة وأ كثر الاصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل المصنف بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعي قال الماوردى وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) مايكون بدو الصلاح فيه باللون وذلك فى النخل بالاحمرار والاصفرار وفى الكرم بالحمرة أوالسواد أوالصفاء والبياض (وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) مايكون صلاحه بالصفرة كالمشمس (ومنها)

قال ﴿ ولو تساوى شريكان إلى مجلس الحكم وزعم كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة فالقول قول كل واحد فى عصمة ملكه عن الشفعة * فان تحالفا أو تناكلا تساقطا * وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف ﴾ *

ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط فى الشفعة فلو كانت فى يد رجلين دار شرياها بعقدين وادعى كل واحد منهما أن شراءه كان قبل شراء صاحبه وأنه يستحق الشفعة عليه نظر إن ابتدأ أحدهما بالدعوى أو جاآمعاً وتنازعا فى البداءة فقدم أحدهما بالقرعة وادعي فعلي الآخر الجواب ولا يرضى منه فى الجواب بأن يقول بل شرائى أسبق فانه ابتداء دعوى بل إما أن ينفى سبق شراء المدعى أو يقول لايلزمني تسليم شيء اليك وحينئذ يحلف فان حلف استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول فان حلف استقر ملكه أيضاً وان نكل المدعى عليه أولا ردت اليمين على المدعى فحلف أخذ مافى يد المدعى عليه وليس للمدعي عليه الناكل بعد ذلك أن يدعى عليه لأنه لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة وان نكل المدعى عن اليمين المردودة سقطت دعواه وللمدعي عليه أن يدعى عليه هذا إذا

مايكون بالبياض كالتفاح (قلت) ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون السابق وجعل القاضى أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر فى حال كماله كما يكون فى صغره قال فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الابيض وما قالاه ظاهر (القسم الثانى) مابدو صلاحه بالطعم فمنه مايكون بالحلاوة كقصب السكر ومنه مايكون بالحموضة كالرمان فاذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه (القسم الثالث) مابدا صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ فاذا لانت صلابته بدا صلاحه وهذا معنى قول غير الماوردى طيب أو الحلاوة العبارات الثلاث متقاربة فان ذلك يحصل فى وقت واحد وقال صاحب التتمة لما تكلم فى البطيخ الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ الافى شيء واحد وهو ان بدو الصلاح فيهما ليس ان يكبر و يتناهى لانهما لايؤكلان فى تلك الحالة ولكن ان يصير الى الحد الذى يقصد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة فاذا كان فى جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه (الرابع) مابدا صلاحه بالقوة والاشتداد كالبر والشعير فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه (الخامس) مابدا صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب فاذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحد الذى يجذ عليه بدا صلاحه هكذا قال الماوردى وسنذكر فى آخر الكلام فرعا عن الامام فى القرط ومافى معناه من البقول يخالف ذلك وماقاله الماوردى أولى لما سنذكر ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردي والماوردى فى اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى فى ذلك ان

لم يكن لواحد منهما بينة (أما) إذا أقام أحدهما البينة على السبق دون الآخر قضى له وان أقام كل واحد منهما بينة على سبق شرائه مطلقاً أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد فهما متعارضتان وفى تعارض البينتين قولان (أحدهما) أنهما يتساقطان فكأنه لا بينة لواحد منهما (والثانى) أنهما يستعملان وفي كيفيته أقوال (أحدها) القرعة فعلى هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة (والثاني) القسمة ولافائدة لها ههنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً (والثالث) الوقف وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال ومنهم من لم يجر قول الوقف ههنا وقال لامعني للوقف مع كون الدار فى يدهما ولو عينت كل واحدة من البينتين وقتاً واحداً فلا تنافى بينهما لاحتمال وقوع العقدين معاً ولا شفعة لواحد منهما لأنا تبينا وقوع العقدين معاً وفيه وجه أنهما يسقطان لأن واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها فكأنه لا بينة *

﴿ الباب الثانى في كيفية الأخذ ﴾

قال ﴿ والنظر فى أطراف ثلاثة (الأول) فيما لايملك به فلا يملك بقوله أخذت وتملكت * ولكن

القصب اذا انتهى الى تلك الحال لايبقى عرفا بل العرف قطعه فاكتفى به كما اكتفى به فى التبقية فى الثمرة لعدم [١] وهذا الاعتذار يقتضى ان القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك قال وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع واستحق التبقية فى الباقي الى أوان قطعه (السادس) مابدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثا والخيار والباذنجان (السابع) مابدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ومقصود الماوردى من هذا انه اذا تشقق بعضه جاز بيع المشقق منه وغير المشقق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم وليس مراده ان يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع لان ذلك ممتنع لانتشاره وانما سبق الكلام فى المعنى الاول (الثامن) مابدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه وورق التوت بدو صلاحه ان يصير كارجل البط هكذا قال عطاء والنخعى وجملة القول فى بدو الصلاح ان تنتهى الثمرة أو بعضها الى أدني أحوال كمالها هكذا كلام الماوردى الا مافى ضمنه مما حكيناه عن غيره وما نقله فى ورق التوت يوافق ماقاله صاحب التهذيب فانه قال ان بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لايجوز الا بشرط القطع وكذلك قال القاضى حسين فلذلك رأى الرافعى ان يضبط حالة بدو الصلاح فى هذه الاشياء بصيرورتها الى الصفة التى تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة وهو موافق للضابط الذى قاله الماوردى وهو أسلم من ضابط الماوردى فان الكمال بالمعني المذكور فى باب الربا ليس مرادا ههنا واعتبار الماوردى أدنى الأحوال أحسن

(١) بياض بالاصل

يملك بتسليم الثمن وان لم يرض المشترى به • أو بتسليم المشترى الشقص اليه رضا بكون الثمن فى ذمته • وهل يملك بمجرد رضا المشترى دون التسليم • أو بقضاء القاضى له بالشفعة عند الطلب • أو بمجرد الاشهاد على الطلب فيه خلاف • والأظهر أنه لايملك ﴾•

حق الشفعة قد يثبت لواحد وقد يثبت لجماعة وعلى التقديرين فلا شك أن الأخذ بها ضرب تملك يعرض فالحاجة إلى بيان مايحصل به الملك و بيان العوض المبذول و بيان الأحكام العارضة باعتبار تعدد المستحق فعقد لهذه الأمور أطرافا (فاما الأول) فلا يشترط فى التمليك بالشفعة حكم الحاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشترى ورضاه (أما) الاول فلانه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم (وأما) الثانى فلانه تملك بعوض فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالبيع (وأما) الثالث فلما ذكرنا فى الرد بالعيب وعند أبي حنيفة يعتبر حضور المشترى أو حكم الحاكم ولا يحكم الحاكم إلا إذا حضر الثمن وعن الصعلوكى أن حضور المأخوذ منه أو وكيله شرط ولابد من جهة الشفيع من لفظ كقوله تملكت أو اخترت الاخذ بالشفعة أو أخذته بالشفعة وما أشبه ذلك والا فهو من باب المعاطات ولايكفي أن يقول لى حق الشفعة

من عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها فينبغي أن يزاد هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها فان اللفظ منزل على ذلك وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعه قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كامه وبه يبدو صلاحه ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم والله أعلم * وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح اذ ليس فيه ذكر الورق وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل) البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره بل يؤخر الى تناهيه ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر و يصفر كما صرح به الحديث ونص الشافعي قال امام الحرمين بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين يعني فلاجل ذلك لايشترط الغاية المطاوبة في الطيب (فالجواب) ماقاله الامام فانه أورد ماالذي أوجب الفرق بين القثاء والثمار وأجاب بأن لافرق فان الزهو اذا ابتدأ الناس في الاكل وقد يعقب تأخر المطعم الى تمام الادراك كذلك القول في القثاء فان الصغار منه تبتدر ولكن عموم الاكل يتأخر والذي يتناهى صغره لايؤكل قصدا الا ان يتفق على شذوذ فرجع الحاصل الى طيب الاكل وابتداء الاعتياد فيه فعلامة ذلك في المتلونات التلون الى جهة الادراك وفيما لايتلون القوة وجريان الحلاوة فاشار الامام الى أن الذي لايؤكل في العادة أصلا كالقثاء في حال تناهي صغره لم يبد صلاحه والذي

وأنا مطالب بها لان المطالبة رغبة في التملك والملك لايحصل بالرغبة المجردة هكذا ذكره في التتمة وفي أمالي أبي الفرج السرخسي أن الطلب يكفي سبباً لثبوت التملك ولايقف على قوله تملكت والأول أظهر وكذلك قالوا يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوما للشفيع ولم يشترطوا ذلك في الطلب و ينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولا ماذكرناه في بيع المرابحة وفي التتمة إشارة إلى نحو من هذا ثم لايملك الشفيع بمجرد اللفظ بل يعتبر مع ذلك أحد أمور (الاول) أن يسلم العوض إلى المشتري فيملك به أن يسلمه والا خلي بينه و بينه أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم (والثاني) أن يتسلم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته نعم لو باع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة أو بالعكس وجب التقابض ولو رضي بكون الثمن في ذمته ولم يسلم الشقص فوجهان (أحدهما) أنه لايحصل الملك وقول المشتري مالم يتصل به القبض في حكم وعد (وأصحهما) الحصول لأنه معاوضة والملك في المعاوضات لايتوقف على القبض (والثالث) أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه في الشفعة و يختار التملك فيقضي القاضي له بالشفعة وفيه وجهان (أحدهما) أنه لايحصل الملك و يستمر

يؤكل فى العادة بدا صلاحه والاكل فى العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل فى البسر بالاحمرار دون القثاء فى صغره وادخال المصنف الزرع فى أصناف الثمر يشهد له قول الله تعالى (كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده) وكل ماذكره المصنف واضح مما ذكرته الا قوله ان صلاح العنب الاسود بأن يتموه والذى حكيته فيما تقدم من كلام الماوردى وهو الموجود فى كلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ان صلاح العنب الاسود باسوداده وفي كلام الماوردى أن الصلاح فى الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد والله أعلم * وقول المصنف رحمه الله تعالى فى القثاء حيث يؤخذ ويؤكل تنبيه علي ان امكان الا كل موجود فيه من قبل ولكنه لايؤخذ للا كل فى العادة وفى معني القثاء الخيار والباذنجان كما صرح به الرويانى قال وفى الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة و فى الورد الانفتاح والانتشار *

﴿ فرع ﴾ اذا باع اوراق الفرصاد مع الاغصان فان بلغ نهايته جاز من غير شرط ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك والا بان يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز مالم يبين موضع القطع و يعلم عليه علامة وكذلك اذا باع الاوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ولكن لاتقطع الأغصان معها قال ذلك القاضى حسين *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى والاصحاب اذا بدا صلاح ماخرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع مالم يخلق منه تبعا لما خلق ووجب افراد العقد بالموجود وقال مالك يجوز بيع مالم يخلق تبعا لما خلق لان

ملك المشترى إلى أن يصل اليه عوضه أو يرضي بتأخيره (وأصحها) الحصول لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشترى كأن العقد عقد له إلا أن يتخير بين الأخذ والترك فاذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء وجب أن يحكم له بالملك (والرابع) أن يشهد عدلين على الطلب فان لم نثبت الملك بحكم القاضى فههنا أولى وان أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضى (وقوله) فى الكتاب والأظهر أنه لايملك بمقتضى ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والاشهاد وفيما إذا رضى المشترى أن يكون الثمن في ذمة الشفيع وان لم يستلم الشقص لكن جواب الأكثرين فى هذه الصورة وفى صورة قضاء القاضى بالشفعة أنه يثبت الملك واذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الاول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدى الثمن وان سلمه المشترى قبل أداء الثمن ولا يلزمه أن يؤخر حقه وان أخر البائع حقه واذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك أمهل ثلاثة أيام فان انقضت ولم يحضره فسخ القاضى تملكه هكذا حكى عن ابن سريج وساعده المعظم وفيه وجه آخر أنه إذا قصر فى الاداء بطل حقه وان لم يؤخذ رفع إلى الحاكم وفسخ به *

الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا وهى دعوى ممنوعة قال بعض الاصحاب وطريق تحصيل ذلك ان يشتري هذا الشجر مع ثمرته وبدونها بشرط القطع و يستأجر منه الارض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعى رضي الله عنه ولا يجوز ان يستثني من الثمرة مدا وقسم الأصحاب الاستثناء فى البيع الى أربعة أقسام (الاول) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز فالمحرز بعتك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها فهذا جائز بالاتفاق والمشاع بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضاً ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا وقال الاوزاعي باطل لانه بيع على شرط الشركة (والقسم الثانى) ان يكون الاستثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله بعتك هذا الثمرة الاقوت سنتى أو قوت غلمانى باطل اتفاقا وماورد من ذلك على ابن عمر رضي الله عنه محمول على انه كان معلوما والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لابعينها فهو باطل وقال مالك رحمه الله تعالى ان كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز وكان له عشر نخلات وسط (والقسم الثالث) ان يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا كقوله بعتك هذه الثمرة الاصاعا منها فهو باطل وقال مالك جائز (والقسم الرابع) ان يكون الاستثناء مجهولا والمبيع معلوما كقوله بعتك من هذه الثمرة مائة صاع والباقى لى فان علما ان فيها مائة صاع فصاعدا صح ان امكن كيل الثمرة و بطل ان لم يمكن كيلها ولا يصح الخرص فيها لان البيع بالخرص لايجوز لأنه

قال ﴿ وهل يلتحق هذا التمليك بالشراء فى ثبوت خيار المجلس للشفيع وامتناع التصرف فى الشقص قبل القبض * وامتناع التملك دون رؤية الشقص فيه خلاف من حيث أنه يشبه البيع فى كونه معاوضة ويخالفه فى أنه لاتراضى فيه ﴾ *

فيه ثلاث صور (إحداها) فى ثبوت خيار المجلس للشفيع فيه خلاف ذكرناه فى البيع (والأظهر) الثبوت ويحكي ذلك عن نصه فى اختلاف العراقيين وعلي هذا فيمتد إلى مفارقة المجلس وهل يقطع بأن يفارقه المشترى فيه وجهان (وجه) المنع أنه لاحظ له فى الخيار فلا اعتبار بمفارقته (الثانية) إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشترى وان طلبه ولم يثبت الملك بعد لم يمتنع وأبدى الامام فيه احتمالا لتأكد حقه بالطلب وحكى فيه وجهين فى نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن (أظهرها) المنع كتصرف المشترى قبل القبض (ووجه) الثانى كونه قهريا كالارث قال ولو ملك بالاشهاد أو قضاء القاضى لم ينفذ تصرفه وكذا لو تملك برضى المشترى لكون الثمن عنده والقياس التسوية (الثالثة) فى تملك الشفيع الشقص الذى لم يره طريقان (أظهرها) أنه علي قولى بيع الغائب ان منعناه

تخمين وحدس وانما يجوز فى حق المساكين لأنه مواساة (قلت) الصحيح فى العرايا انه لايختص بالمساكين والله أعلم وان لم يعلما أن فى الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساده قال ذلك الماوردى وغيره من الأصحاب ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الاقسام مبسوطة كاستيعابه والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلاما يخص الفا منها قال الشافعى والأصحاب يكون الاستثناء صحيحا لان ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة فان قال الا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح لأنه غير معلوم هكذا فرض القاضى أبو الطيب المسألة وهو غير ظاهر وقال الماوردى فيها ان كان الاستثناء بسعر ماباع صح وان كان بسعر يومه لم يجز ومراده ما قاله أبو الطيب وكلام أبى الطيب أبين وأحسن *

﴿ فرع ﴾ قال اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز قاله الرويانى ولو قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز لأنهما معلومان قاله الرويانى *

﴿ فرع ﴾ قال بعتك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صح البيع وان جهلاه فسد قاله الماوردى *

﴿ فرع ﴾ باع شاة واستثنى سواقطها قال فى الصرف لايصح وكذا اذا قال إلا رأسها ويديها ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر أو يكونا حاضرين أو مسافرين و به قال أبو حنيفة وقال مالك فى حق المسافر يجوز قاله القاضى أبو الطيب *

لم يتملكه قبل الرؤية وليس للمشترى منعه من الرؤية وان صححناه فله التملك ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف فى خيار المجلس ومنهم من قطع به وقال المانع هناك على رأى بعد اختصاص ذلك الخيار يأخذ الجانبين (والثانى) المنع سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه ولأن البيع بالتراضى فأثبتنا الخيار فيه وههنا الشفيع يأخذ من غير رضى المشترى فلا يمكن إثبات الخيار فيه نعم لو رضى المشترى بأن يأخذه الشفيع و يكون بالخيار فيكون بالخيار على قولى بيع الغائب ويحكى هذا الطريق عن ابن سريج واذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار فللمشترى أن يمتنع من قبض الثمن واقباض المبيع حتى يراه ليكون على ثقة فيه (وقوله) حيث انه يشبه البيع إلى آخره توجيه لطرفى الخلاف فى المسائل الثلاث والأظهر التحاقه بالشراء وكذلك يرد الشفيع بالعيب ولو أفلس وكان المشترى سلم الشقص اليه راضياً بذمته يجوز له الاسترداد *

قال ﴿ الطرف الثانى فيما يبذل من الثمن * وعلى الشفيع بذل مثل مابذله المشترى إن كان مثلياً

(فرع) باع قطنا واستثنى حبه أو سمسما واستثنى كسبه أو شاة واستثني جلدها كان البيع في هذا كله باطلا قاله الماوردى *

(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور فى [1] ولكن يذكر هنا مايتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال بعتك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة فى البيع أهو العشر أو نصف العشر وقال مالك يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ورده أصحابنا فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يحل محل البائع (والثانى) لا لأنه كالوكيل فان استهلك المشترى الثمرة رطباً ففيما يطالب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمراً على الوجه الذى يجبر له دفع الزكاة من غيرها فيكون ذلك ضماناً لعشرها تمراً (والثانى) يطالب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذى يمنع دفع الزكاة من غيرها فعلي هذا ان نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تمراً ففى الرجوع على البائع يفصل مابينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت فى الذمة أو فى العين فعلى الاول يرجع وعلى الثانى لايرجع عليه لزوال يده عن عين قال ذلك الماوردى ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشترى بأداء الزكاة وكذلك قاله الرويانى نقلا عن الماوردى *

(فرع) الزرع الذى يخلف كالقرط وما فى معناه من البقول يكون متزايداً أبداً لاوقوف له فاذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع ولا ينظر فى هذا القسم إلى مايقع فى زمن العاهات دون

(١) بياض بالاصل

أو قيمة (و) يوم العقد إن كان من ذوات القيم * فيبذل فى المهوز وما علية الخلع قيمة (وم) البضع * وفى عوض الكتاب قيمة النجوم (وم) * وفى عوض المتعة قيمة المتعة (وم) وفى الصلح عن الدم قيمة الدم (وم)) *

المقصود الآن بيان مايأخذ به الشفيع والمأخوذ أنواع (منها) المبيع فان بيع بمثلى كالنقدين والحبوب يأخذه بمثله ثم ان قدر بمعيار الشرع أخذه به وان قدر بغيره كما لو باع بمائة من من الحنطة فيأخذه بمثله وزنا أم يكال ذلك المبلغ ويأخذ به كيلا فيه اختلاف ذكرناه فى القرض ولو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ عدل إلى القيمة كما فى الغصب ولو بيع بمتقوم من عبد وثوب ونحوها أخذه بقيمة ذلك المتقوم والاعتبار بقيمة يوم البيع لأنه يوم إثبات العوض واستحقاق الشفعة وقال ابن سريج تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع الخيار وهذا ما أورده صاحب التهذيب وجماعة وعن مالك أن الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة لنا أن الثمن صار ملكا للبائع فلا تعتبر زيادته فى حق المشترى ولو جعل الشقص رأس مال سلم أخذه الشفيع بمثل

ولا إلى طيب الأكل لأجل الاختلاط قاله الامام وقد تقدم عن الماوردى مايخالفه وقول الامام انها لا تزال تزايدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال كما سيأتى فى كلام المصنف فى بيع الثمار الذى يعلم اختلاطها *

﴿ فرع ﴾ إذا اشترى الزرع الذى لايخلف إما بعد بدو الصلاح و إما قبله شرط القطع وقد ضمنت تبقيته إما بعد بدو الصلاح و إما قبله باتفاقهما فالزيادة التى تحصل فى الزرع للمشترى بالاتفاق كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف قاله الامام والزرع الذى لايخلف لو قطع يملك المشترى ظاهره وعروقه المستترة بالأرض قاله الامام (قلت) فيجىء على ذلك أنه إذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة يجب على المشترى قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك وان لم يضر بالارض لم يجب كما تقدم أيضاً وسنذكر فى مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة مايخالف ماقاله الامام هنا ان شاء الله تعالى *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ فان وجد بدو الصلاح فى بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله فى ذلك الحائط لانا لو قلنا لا يجوز

المسلم فيه ان كان مثليا أو بقيمته ان كان متقوما ولافرق بين ان يكون دين اتلاف أو دين معاملة (ومنها) الشقص الممهور يؤخذ بمهر مثل المرأة لأن البضع متقوم وقيمته مهر المثل وكذا اذا خالعها على شقص والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح و يوم جريان البينونة هذا هو المشهور وفى التتمة عن بعض الاصحاب أنه خرج وجها أنه يأخذه بقيمته يوم القبض وأصله ان المرأة اذا وجدت بالصداق عيبا وردته ترجع بقيمته على أحد القولين واذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمي كذلك عند الأخذ بالشفعة وهذا مذهب مالك *ولو متع المطلقة بشقص أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لان المتعة هى التى وجبت بالطلاق والشقص عوض عنها (ومنها) لو اخذ من المكاتب شقصا عوضا عن النجوم أخذه الشفيع بمثل النجوم أو قيمتها لان النجوم هى التى قابلته (ومنها) الشقص الذى جعل أجرة الدار يؤخذ بقيمة المنفعة وهى أجرة مثل الدار (ومنها) اذا صالح عليه عن الدم أخذه الشفيع بقيمة الدم وهى الدية ويقود منه الجريح و يذهب ملكه (ومنها) مالرب التمر لو استقرض شقصا أخذه الشفيع بمثل قيمته وان قلنا ان المستقرض يرد المثل لان القرض مبنى على الارفاق والشفعة ملحقة بالاتلاف والمواضع المحتاجة الى الرقوم من لفظ الكتاب لاتخفي بعد ماذكرناه *

قال ﴿ وان باع بألف إلى سنة * فان شاء عجل فى الحال الألف واخذ * وان شاء نبه على الطلب (و) وأخر التسليم إلى مضى السنة * وروى حرملة قولا أنه يأخذ (ح) بثمن مؤجل عليه كما أخذه المشترى * وحكي ابن سريج أنه يأخذ بعوض يساوى ألفاً إلى سنة ﴾*

الافيما بدا صلاحه فيه أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ولامالم يبد فيه الصلاح فى ذلك الجنس من حائط آخر لان المنع من ذلك لايؤدى الى الضرر بسوء المشاركة فان بدا الصلاح فى بعض الجنس فى حائط فباع منه مالم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانا جعلناه فى حكم مابدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع (والثانى) لايجوز لانه انما جعل في حكم مابدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح وما أجيز بيعه تبعاً لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل ﴾•

﴿ الشرح ﴾ فى هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب اذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة جاز بيع جميعها وذلك ان الله تعالى أجرى العادة بان الثمار لاتطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد فانها لوطابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وانما تطيب شيئاً فشيئا ولو اشترط فى كل مايباع طيبه فى نفسه لكان فيه ضرر فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض و إلى ان الاخير يتساقط الاول فكان يؤدى الى أنه اما ان لايباع واما أن يباع حبة حبة وفي كلا الامرين حرج ومشقة وقد قال تعالي (وماجعل عليكم في الدين من حرج) وقال ﷺ « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر

إذا كان الثمن حالا بذله الشفيع فى الحال فاما إذا باع بألف إلى سنة مثلا ففيه ثلاثة أقوال (أصحها) وبه قال أبو حنيفة ان الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف و يأخذ الشقص فى الحال و بين أن يصبر إلى أن يحل الأجل فحينئذ يبذل الألف و يأخذ الشقص وليس له أن يأخذ بألف مؤجل لأن الذمم لاتتماثل فقد لايرضى المشترى بذمة الشفيع وان رضى البائع بذمة المشترى ولا يمكن إلزامه الأخذ بألف حال لما فيه من الاجحاف (والثانى) أن له أخذ الشقص بألف مؤجل كما أخذه المشترى تنزيلا للشفيع منزلة المشترى كما ينزل منزلته فى قدر الثمن وسائر صفاته (والثالث) أنه يأخذ بعرض يساوى الألف إلى سنة كيلا يتأخر الأخذ ولا يتضرر الشفيع ولا المشترى . ولنتكلم فى حال هذه الأقوال وتفريعها (أما) حالها (فالأول) منصوص عليه فى الجديد (والثانى) نسبه الامام وصاحب الكتاب إلى رواية حرملة وسكت الأكثرون عن ذلك ورووه عن القديم (وأما الثالث) فعامة الأصحاب ذكروا أن ابن سريج نقله عن الشافعى رضي الله عنه من كتاب الشروط والمفهوم من إيراده أنه نص عليه فيه وقال الشيخ أبو على ان ابن سريج خرجه من قول الشافعى من كتاب الشروط أنه يجوز بيع الدين فقال يقوم الدين المؤجل بعرض و يأخذه الشفيع به •

﴿ التفريع ﴾ فان قلنا بالجديد لم يبطل حقه بالتأخير لأنه تأخير بعذر ولكن هل يجب عليه تنبيه المشترى علي الطلب فيه وجهان (أحدهما) لا إذ لافائدة فيه (والثانى) نعم لأنه ميسور إن كان

الشافعى رضى الله عنه فى الام عن عطاء فى الحائط تكون فيه النخلة تزهى والحائط باح قال حسبه اذا كان فليبع ولا أعلم بين العلماء خلافا فى ان لا يشترط الصلاح فى جميع البيع وانما اختلفوا فى مقدار ما يضبطونه به ومذهبنا انه يكفي بدو الصلاح فى نخلة واحدة بل فى بسرة واحدة ولا خلاف ان غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل * اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب اذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة دون بعض نظر ان اختلف الجنس لم يكن بدو الصلاح فى أحد الجنسين صلاحا فى الجنس الآخر حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة و بدا الصلاح فى احدهما دون الآخر وجب شرط القطع فى الجنس الذى لم يبد فيه لا خلاف فى ذلك عندنا وقال الليث بن سعد يجوز و يكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار فى ذلك البلد * وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والمالك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف وان اختلف شيء من هذه الاشياء ففيه صور (الاولى) ان يختلف النوع كالمعقلي والبرني فيبيع النوع الذى بدا صلاحه والنوع الذى لم يبد صلاحه من جنسه فى ذلك البستان صفقة واحدة وفيه وجهان مشهوران فى طريقتي العراقيين والخراسانيين كالوجهين فى نظير ذلك فى التابير (والأصح) عند الرافعى التبعية وان حكمه وحكم التأبير

الآخذ معسراً والى هذا أشار فى الكتاب بقوله ان شأنية المشترى على الطالب لكن الأول أشبه بكلام الأصحاب * ولو مات المشترى وحل عليه الثمن لم يتعجل الأخذ على الشفيع بل على خيرية إن شاء أخذ فى الحال وان شاء صبر إلى مجيء ذلك المحل ولو مات الشفيع فالخيرة التي كانت له تثبت لورثته ولو باع المشتري الشقص فى المدة نقداً فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثانى و بين أن يفسخه إما فى الحال واما عند حلول الاجل و يأخذه بالثمن الأول هذا إذا قلنا ان الشفيع ينقض تصرف المشترى وهو الظاهر وفيه خلاف سيأتى (وان قلنا) بالقول الثانى ففي موضعه وجهان (أحدهما) أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثوقا به أو اذا أعطى كفيلا مليئاً والا لم يأخذه لأنه اضرار بالمشترى و بهذا قال مالك وأحمد (والثاني) أن له الأخذ على الاطلاق ولا ينظر الى صفته * ولو أخذه ثم مات حل عليه الاجل (وان قلنا) بالقول الثالث فتعيين العرض الى الشفيع وتعديل القيمة الى من يعرفها ذكره الامام قال فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حل الأجل وجب الا يطالب على هذا القول الا بالسلعة المعدلة لان الاعتبار فى قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألا ترى أنه اذا باع بمتقوم تعتبر قيمته يوم البيع وعلى القولين الآخرين لو أخر الشفيع بطل حقه *

قال ﴿ ولو اشترى شقصاً وسيفاً بألف أخذ (م) الشقص بما يخصه من الثمن باعتبار قيمة يوم العقد * ثم لا خيار للمشترى فيما فرق عليه من الصفقة ﴾*

واحد وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعـالى وهو قول ابن خيران وأبي على الطبرى على ماحكاه أبو الطيب عنهما و بهجزم البندنيجي فيما نقل عنه وهوالذي نص عليه الشافعى علي ماحكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء انه قال فيه اذا كان فى حائط برني وعجوة وصيحانى فبدا صلاح جنس جاز بيع الجميع (وأما) قوله في الصرف فان كان نخلاوعنبا أو غيره و بداصلاح صنف منه فلا يجوز ان يبيع واحدا منهما بحاله فلا ينافيه فان معنى هذا ان يفرده بالبيع ومعنى الاول ان يبيع الاصناف جملة فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لايقبـل التأويل لكن القاضى أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع ونص الشافعى عليه فى البويطى انه لايكون بدو الصلاح فى النوع الآخر لانه قد نص ان الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه لايكون بدوآله فى الثمرة الشتوية فكذلك فى النوعين مثله سواء (قلت) ولا حجة فى هذا لان الثمرة الشتوية والصيفية يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقار بان غالبا نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى فينبغى ان يكون الامر كما قال القاضى ابو الطيب فانا انما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ولا شك ان بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان مالا

اذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن و به قال أبوحنيفة وأحمد وعن مالك أنه يأخذهما جميعا لما ذكرنا فى أول الكتاب و يروى عنه ان كان من مصالح الصفقة وتوابعها كالثيران وآلات الحرث والعبد العامل والبستان أخذه الشفيع مع الشقص وان كان غير ذلك لم يأخذه ثم النظر فى قيمتها الى يوم البيع لانه وقت المقابلة قال الامام واذا قلنا ان الملك ينتقل بانقطاع الخيار فيجوز أن يعتبر انقطاع الخيار لان انتقال الملك الذى هو سبب الشفعة حينئذ يحصل واذا أخذ الشفيع الشقص لم يثبت للمشترى الخيار وان تفرقت الصفقة عليه لدخوله فيها عالما بالحال *

قال ﴿ ولو تعيبت الدار باضطراب سقفها أخذ المعيب بكل الثمن كما يأخذ المشترى من البائع اذا عاب المبيع قبل القبض * وان تلف الجدار مع بعض العرصة بأن تغشاه السيل أخذ الباقى بحصته * وان بقى تمام العرصة واحترقت السقوف * فان قلنا انها كأطراف العبد أخذ (م) بالكل * وان قلنا كأحد العبدين أخذ بحصته * وان كان النقض باقيا فهو منقول في بقاء الشفعة فيه قولان (و) لانه قارن الابتداء لم يتعلق به الشفعة * وان قلنا يبقى حق الشفيع فيه فيأخذ المنهدم مع النقض بكل الثمن * وان قلنا لايبقى الحق فيه * فان قلنا الجدار كاحد العبدين أخذ الباقى بحصته * وان قلنا كأطراف العبد فقولان * اذ يبعد أن يفوز المشترى بشيء مجانا ﴾ *

يوثق بذلك فيه وكلام الشافعي الذى قاله قال وصلاح الثمرة اذا احمرت اواصفرت فى الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا و بعضه صيفيا فلا يجوز الان يبيع كل واحد منهما على حياله وظاهر هذا الكلام انه فى الجنس الواحد وأما حمله على الجنسين فبعيد واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض الانواع تابع لبعض وان كان بعضها شتويا و بعضها صيفيا لمخالفة نص الشافعي فاما ان يقال ان ذلك شاهد لان اختلاف النوع يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب واما ان يقال انه يفرق في الانواع بين مايتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية و بين مايتأخر فلا يحكم بل لاينظر الى اختلاف الانواع بل إلى تفاوت الزمان حتى لو كان نوع واحد معقلي مثلا منه مايكون في الصيف ومنه مايكون فى الشتاء لايجعل أحدها تابعا للآخر فى الصلاح فهذا هو الاقرب لكلام الشافعي المذكور والمعني والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كماتقدم التنبيه عليه فالقول بان اختلاف الانواع لا أثر له وان اختلاف الزمان مخالف لنص الشافعي فى البويطى والحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك فى التأبير والقول بان اختلاف الانواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه المنقول عن الاملاء وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا و به يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعي و يمكن

الفصل يتعلق بأصلين (أحدهما) أن المنقول لاشفعة فيه واذا ضم الى شقص و بيعا صفقه واحدة أخذ الشقص بالشفعة بحصته والعهد قريب بهذا الاصل (والثاني) أن الخلاف فى أن السقف و الجدران من الدار المبيعة كاحد العبدين المبيعين أو كطرف من أطراف العبد المبيع او أو صفة من صفاته وهذا ذكرناه فى النظر الثالث من كتاب البيع * اذا عرف ذلك فاذا اشترى شقصا من دار ثم نقضت الدار فلها احوال (احدها) ان يبعث من غير تلف شيء منها ولا انفصال بعضها من بعض بان شق جدار أو مالت اسطوانة أو انكسر جذع أو اضطرب سقف فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن و بين الترك و يكون تعيبه في يد المشترى كتعيب المبيع فى يد البائع فانه يخير المشترى بين الاخذ بجميع الثمن و بين الفسخ (والثانية) أن يتلف بعضها فينظر ان تلف شيء من العرصة بأن غشيها السيل فغرقها أخذ الباقي بحصته من الثمن وان بقيت العرصة بتمامها وتلفت السقوف والجدران باحتراق وغيره (فان قلنا) ان الابنية كاحد العبدين المبيعين أخذ العرصة بحصتها من الثمن وهو الاصح و به قال أحمد ومالك (وان قلنا) انها كأطراف العبد وصفاته أخذها بكل الثمن وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بآفة سماوية فيأخذها بجميع الثمن أو باتلاف متلف فيأخذها بالحصة لان المشترى يحصل له بدل التالف فلا يتضرر و بهذا قال أبو حنيفة (والثالث) أن لايتلف شيء منها ولكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام وسقوط الجدران فهل يأخذ الشفيع النقض فيه قولان و يقال وجهان (أحدهما) لا لأنه منقول كما لو كان فى الابتداء كذلك وأدخل النقض فى البيع

أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والشتوى علي الجنسين ان لم يكن فيه مايدفعه قال ابن أبى عصرون وإذا كان فى البستان جنسان يتباعد ادراكهما كالصيفى والشتوى وبدا صلاح الصيفى لايتبعه الشتوى والله تعالى أعلم * ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أبر بعض الانواع دون بعض أن غير المؤبر لايتبع المؤبر واختار أن النوع الذى لم يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه فى المسألتين وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما فلذلك لاتناقض بين كلاميه وقال القاضى أبو الطيب انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح استدلوا بان هذه الأنواع تضم إلى مابدا صلاحه فى الزكاة فمتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان ونصف وجبت الزكاة قال وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعى رضي الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية فانها لاتتبعها فى بدو الصلاح وان كانت تضم اليها فى الزكاة فاطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لافرق بين أن يختلف النوع أولا ولا فرق بين أن يختلف الزمان أولا وقد علمت مافيه والله أعلم * وقول المصنف ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لاخلاف فيه عندنا وان الليث بن سعد خالف فيه وردوا عليه بأنه

لايؤخذ بالشفعة (والثانى) نعم قال فى الشامل وهو اختيار أبي إسحق وشيوخنا المتأخرين لأن منقوليته عرضت بعد البيع وتعلق حق الشفيع به والاعتبار بحال جريان العقد ولهذا لو اشترى داراً فانهدمت يكون النقض والعرصة للمشترى وان كان النقض لايدخل فى البيع لوجرى وهى منهدمة (فان قلنا) انه يأخذ النقض أخذه مع العرصة بجميع الثمن والا أعرض عن الكل (وان قلنا) انه لايأخذه فيبنى على أن السقوف والجدران كأحد العبدين المبيعين أو كطرف العبد (إن قلنا) بالأول أخذ العرصة وما بقى من البناء بحصتهما من الثمن (وان قلنا) بالثانى فوجهان (أحدهما) أنه يأخذ الحصة لأن النقض كان من الدار المشتراة فيبعد أن يبقى للمشتري مجانا ويأخذ الشفيع ماسواه بتمام الثمن (والثانى) أن يأخذ الكل بالثمن كما فى الحالة الأولى وعلى هذا يشبه النقض بالثمار والزوائد التى يفوز بها المشترى قبل قبض الشفيع ومنهم من يطلق قولين تفريعاً على أن النقض غير مأخوذ من غير البناء على أن النقض كأحد العبدين أو كأطراف العبد ويوجه الأخذ بالكل بأنه نقص حصل عند المشترى فأشبه تشقق الحائط والأخذ بالهبة بأن مالا يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصته من الثمن كما إذا اشترى شقصاً وسيفاً * (واعلم) أن منقول المزنى فى المختصر أن الدار إذا أصابها هدم يأخذ الشفيع الشقص بجميع الثمن أو يترك وعن القديم ومواضع من الجديد أنه يأخذ بالحصة واختلف الأصحاب فى النصين بحسب ماحكينا عنهم فى فقه الفصل فالفارقون فى الحالة الثانية بين أن يتلف بعض العرصة حيث يأخذ الباقى بالحصة وبين

يلزمه بيع العنب قبل أن يسود وهو خلاف الحديث الصحيح (الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح فى جنس فى بستان وله بستان آخر فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب انه لا يصح وان صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر وادعى القاضي أبو الطيب أنه لا خلاف فيه وبذلك جزم الماوردي وجميع العراقيين ومال الأمام إلى خلاف ما قالوه سيما اذا لم يتباعد وليس بينهما الاجدار ولأجل ذلك أثبت الغزالى فى المسألة وجهين أخذا من تفقه الامام وتبعه الرافعى وظاهر نص الشافعى يشهد لما قاله العراقيون فانه قال فى الام والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف فيستأخر أبار كل بلد بقدر حرها و بردها وما قدر الله من ابانها فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ولذلك لا يباع منها شيء حتي يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره وسواء كان نخل المؤجل قليلا أم كثيرا اذا كان فى خطار واحد و بقعة واحدة فى غير خطار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذى هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي الى جنبه هذا كلام الشافعى رضى الله عنه وهو صريح بعدم التبعية اذا اختلف البستان والملاك وظاهر فى عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده وان

أن يتلف بعض النقض أو كله وتبقى العرصة كلها حيث يأخذ الباقى بالكل جوابا على إلحاقه بأطراف العبد وحملوا النص الثانى على ما إذا تلف بعض العرصة والأول على ما إذا بقى كل العرصة وتلفت الأبنية والفارقون بين أن يكون التلف بآفة سماوية أو باتلاف متلف حملوا الأول على ما إذا كان التلف بآفة سماوية والثانى على ما اذا كان باتلاف متلف والفريقان متفقان على فرض النصين فى الحالة الثانية والذين قالوا فى الحالة الثالثة لا يأخذ الشفيع النقض منهم من أثبت النصين المذكورين وقطع بالأخذ بالحصة وحمل منقول المزنى على الحالة الأولى وهو مجرد التعيب والذين قالوا يأخذ النقض بالشفعة حملوا النص الثانى على ما إذا تلف كل النقض أو بعضه ونزلوا الاول على مذهبهم فخلصت من هذه التصرفات خمسة طرق فى النصين والله أعلم * (وقوله) فى الكتاب وفى بقاء الشفعة قولان يجوز إعلامه - بالواو - لان عن ابن سريج طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه ذكرها فى التتمة *

قال { ولو اشترى الشقص بألف ثم حط بالابراء فانه ان كان بعد اللزوم فلا يلحق الشفيع * وان كان فى مدة الخيار لحقه على الاصح (و) * وان وجد البائع بالعبد الذى هو عوض الشقص عيبا وأراد استرداد الشقص قبل أخذ الشفيع فهو أولى به من الشفيع فى أقيس القولين * وان كان بعد أخذ الشفيع لم ينقض (و) ملك الشفيع * ولكن يرجع إلى قيمة الشقص * فان زاد على ما بذله الشفيع أو نقص ففى التراجع بين المشترى والشفيع خلاف إذا صارت القيمة ما قام الشقص بها على

كان قد اقتصر على قوله حائط غيره ففى كلامه المذكور مواضع ترشد الى ان المراد الحكم فى حائطه الآخر والله أعلم * فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع فى الذى لم يبد صلاحه فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه وفى الذى بدا صلاحه قولا تفريق الصفقة قاله الماوردى فاما إذا أفرد البستان الذى لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح فى الذى الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعى رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه ولم أقف عليه لغيره وصرح جماعة بالجزم بخلافه وقال الامام انه رأى الطرق متفقة على خلافه وأن ذلك يشير إلى ماذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان (الصورة الثالثة) ان تختلف الصفقة مع اتحاد البواقى كما إذا بدا الصلاح فى نوع فباع من ذلك النوع فى ذلك البستان مالم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع ففيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين و بعضهم يقول قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثانى) وهو الصحيح عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عصرون والرافعى انه لايصح ورتب القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لايستتبع فههنا أولى والا ففيه وجهان *

(فرع) قال بعتك هذا بكذا وهذا بكذا فالظاهر ان الحكم كذلك نظراً لتفصيل الثمن

المشترى أخيراً * وكذا لو رضى البائع بالعيب ففي استرداد الشفيع به قيمة السلامة من المشترى خلاف * وان وجد المشترى بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن (و) له طلب أرش * فان رد الشفيع عليه رد هو علي البائع * فان وجد قبل أخذ الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرشاً فهو محطوط عن الشفيع قولا واحداً) *

الفصل ينظم مسائل (احداها) اذا اشترى الشقص بألف درهم ثم اتفق المتبايعان على حط من الثمن أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد أو بعده اما فى زمن الخيار أو مكانه وحكم القسمين ماذكرناه فى البيع بالشرح وحاصله أنه لاتلتحق الزيادة ولا الحط بالعقد بعد لزومه ولا حط البعض ولا حط الكل وذهب أبو حنيفة الى التحاق حط البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي وفيما قبل اللزوم وجهان (أصحهما) الالتحاق كما ذكره صاحب الكتاب ههنا وان أشار فى البيع الى ترجيح المنع (واذا قلنا) بالالتحاق وحط كل الثمن فهو كالو باع بلا ثمن وحينئذ فلاشفعة للشريك لانه يصير هبة علي رأى و يبطل علي رأى وكنا قد ذكرنا فى البيع التفات الخلاف فى الالتحاق الى الخلاف في الملك فى زمن الخيار وعلي ذلك جري الامام وآخرون ههنا فقالوا (ان قلنا) ان الخيار لايمنع ثبوت الملك للمشترى فكما يملك المشترى المبيع يملك البائع ثمنه فينفذ تصرفه بالابراء لمصادفته ملكه قال الامام وفيه احتمال لان الاصحاب ترددوا فى أن اعتاق المشترى فى زمن الخيار هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع فاذا ترددوا فى

وجوز ابن الرفعة ان يأتى فيه وجه بالجزم بالصحة كما هو وجه أيضاً فيما اذا قال بعتك هذا بدرهم وأجرتك هذا بآخر فقال المخاطب قبلتهما نظراً الى الجمع فى القبول (الصورة الرابعة) ان يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان قيل يجوز لمن لم يبد الصلاح فى ملكه لاجل اتحاد البستان فان طباعه واحدة وقد بدا الصلاح فى ذلك النوع فى الجملة أو لايجوز نظراً اليه فى نفسه فيه وجهان وقد علمت فى الصورة الثالثة ان الصحيح عدم الصحة لاجل افراد مالم يبد صلاحه بالمبيع والمالك واحد فههنا أولى بعدم الصحة قال الرافعى رحمه الله تعالى وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد البستان واختلاف الملك ان يكونا فى التأبير كذلك وان لم يجر لهما ذكر والظاهر انه لايعتبر فى الموضعين اتحاد الملك (الصورة الخامسة) ان يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فى ذلك ولم أره لغيره وكيف ما كان فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان والنوع أولى (الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة فيفرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين اعتماداً على بدو الصلاح فى النوع الآخر من البستان الآخر الذى لم يباعه

الاعتاق مع قوته لهذا المعني جاز أن يتردد فى الابراء لأن الثمن متعلق خيار المشترى (واذا قلنا) ان الملك للبائع أوموقوف ففى صحة الحط وجهان عن القاضى حسين (أحدهما) الصحة لجريان الناس عليه فى الأعصار الخالية (والثانى) المنع لأنه تصرف فيما ليس مملوكا فحيث قلنا بصحة الحط فى التحاقه بالعقد خلاف (والثانية) إذا اشترى الشقص بعبد مثلا وتقابضا ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده بالعيب واسترداد الشقص وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص ففى الأولى منهما خلاف مر وحكي الامام طريقة أخرى قاطعة بتقديم البائع وفرق بينه و بين ما إذا أراد المشترى رد الشقص بالعيب وزاحمه الشفيع حيث ذكرنا فيه القولين بأن البائع ينشىء الرد علي غير محل الشفعة والمشترى ينشئه فى غير محل الشفعة ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشقص لم ينتقض ملك الشفيع ولم يرد شفعته كما لو باع ثم اطلع على العيب وعن صاحب التقريب قول أنه يسترد المشترى الشقص من الشفيع و يرد عليه ما أخذه ويسلم الشقص إلى البائع لأن الشفيع نازل منزلة المشترى فرد البائع يتضمن نقض ملكه ولا يتضمن نقض ملك المشترى لو كان فى ملكه والمذهب الأول (واذا قلنا) به أخذ البائع قيمة الشقص من المشترى فان كانت مثل قيمة العبد فذاك وان زادت قيمة الشقص علي قيمة العبد أو نقصت عنها ففى رجوع من بذل الزيادة من المشترى أو الشفيع على صاحبه وجهان (أظهرهما) أنه لاتراجع بينهما لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول فلا يتغير حكمه بعد ذلك كما إذا باعه ثم رد البائع العبد بالعيب (والثانى) ويحكى عن ابن سريج أنه يثبت التراجع بينهما

فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف فيه أيضاً ولم أره وهو في غاية البعد وقال الامام انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال الوقت وقت بدو الصلاح فتجعل الثمار المبيعة كانها مزهبة هذا الاقائل به وكأنه أوجب للرافعي ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر والله أعلم (الصورة السابعة) ان يختلف البستان وتتعدد الصفقة مع اتحاد البواقي وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية فهذه سبع صور وقبلها صورتان واذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعاً (واعلم) ان الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ستة عشر هذه التسع المذكورة وسبع أخرى وهي العاشرة (الاولى) ان يتحد الجميع (الثانية) ان يخالف الجنس (الثالثه) ان يختلف النوع (الرابعة) ان يختلف البستان (الخامسة) ان تختلف الصفقة (السادسة) ان يختلف الملك (السابعة) ان يختلف النوع والبستان وهذه السبع تقدمت (الثامنة) ان يختلف النوع والصفقة فيبيع صاحب البستان نوعا لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده وقد تقدم ان الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية فههنا أولى ولا يبعد ان يجري فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد واطلاقهم يقتضي ذلك لكن الفوراني جزم بأنه

لأن قيمة الشقص استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفي أن يأخذها بما قام على المشتري ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع أو غيره لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ولا للمشتري من إجباره على القبول ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد المغصوب لاباقه فرجع لأن ملك المغصوب منه لم يزل وملك المشتري قد زال و بعد الرد على القيمة حكى صاحب التتمة وجهين في المسألة بناء على الوجهين فيما لوخرج المبيع عن ملك المشتري وعاد ثم اطلع البائع على عيب بثمن معين فرده هل يسترد المبيع ولو وجد البائع العيب بالعبد وقد حدث عنده عيب فاخذ الأرش لامتناع الرد نظر إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليما فلا رجوع عليه وان أخذه بقيمته معيباً ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع لكن الأصح ههنا الرجوع ومال ابن الصباغ إلى القطع به لأن الشقص استقر عليه بالعبد والارش ووجوب الأرش من مقتضى العقد لاقتضائه سلامة العوض ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليما لم يرجع على المشتري بشيء ولو رضي البائع ولم يرده فما الذي يجب على الشفيع فيه وجهان (أحدها) أن عليه قيمة العبد سليما ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري (والثاني) أن تلزمه قيمته معيباً حتى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من المشتري لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المجعول ثمناً بصفاته وضعف الامام الوجه الاول وغلط من قال به لكنه هو الذي أورده في التهذيب (الثالثة) للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وكذا بالعيوب السابقة على الاخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد في الحال وليس له الأرش أيضاً

لايكون حكمه حكم المؤبر وكذلك يقتضيه كلام الغزالي في البسيط وقد تقدم في التأبير بحث في اثبات الخلاف فلينظر هناك (التاسعة) ان يختلف النوع والمالك مع اتحاد الصفقة كما اذا باع عن نفسه نوعا وعن موكله نوعا في بستان واحد بدا صلاح أحدهما ولم يبد صلاح الآخر وقلنا ان الصفقة لاتتعدد وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على ان الصفقة واحدة أولا اعتمادا على تعدد المالك لم أر فيه نقلا (العاشرة) ان يختلف البستان والصفقة فيفرد الشخص من بستان له بيع مالم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم (الحادية عشرة) ان يختلف البستان والمالك فيبيع شخص عن نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وفرعنا على صحة مثل هذا البيع فلم أر في ذلك نقلا (الثانية عشرة) ان تختلف الصفقة والملك فيبيع مالم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ولم أر فيه نقلا (الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره

وكذا أطلقه في الكتاب وهو الصحيح ويجيء فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه أو أزال الملك بجهة أخرى فلو رد عليه الشفيع بالعيب رده حينئذ على البائع ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أن يأخذه الشفيع ومنعه عيب حادث من الرد فاسترد أرش العيب القديم حط ذلك عن الشفيع لأنه بدل صفة السلامة التي استحقها الشفيع كما استحقها المشتري على البائع وان قدر على الرد لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرش ففي صحة المصالحة وجهان مذكوران في موضعها ان صححناها ففي حطه عن الشفيع وجهان (أحدهما) لايحط لأنه يتبرع من البائع (وأصحهما) الحط لتقرر الثمن على الباقي (وقوله) في الكتاب فهو أولى به في أقيس القولين يمكن أن يعلم -بالواو- للطريقة القاطعة بتقديم البائع (وقوله) لم ينتقض ملك الشفيع معلم به وكذا قوله لم يكن له طلب أرش (وقوله) وهو محطوط عن الشفيع قولا واحداً كأن الاشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالأرش مع إمكان الرد فهي مختلف فيها *

قال ﴿ ولو اشترى بكف من الدراهم لم يعرف وزنه وحلف على أنه لايعرف وزنه فلاشفعة (و) اذ الاخذ بالمجهول غير ممكن ﴾ *

إذا اشترى بكف من الدراهم لايعرف وزنه أو بصبرة من الحنطة لايعلم كيلها فيوزن و تكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر فان كان ذلك غائباً فتبرع البائع باحضاره أو أخبر عنه واعتمد قوله فذاك والافليس للشفيع أن يكلفه الاحضار ولا الاخبار عنه وان هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة فان أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره نظر إن عين قدراً وقال اشتريته بكذا وقال المشتري انه لم يكن معلوم القدر

فان صح ماتقدم عن الرافعى فى إفراد أحد البستانين فلا يبعدان يأتى فى هذه الصورة أيضاً خلاف والصحيح المنع (الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا علي بدو الصلاح فى نوع آخر من ملك غيره فى ذلك البستان ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع (الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة (السادسة عشرة) ان يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ولم أرفيهما نقلا ولا يخفى تخريجهما على ماتقدم والله أعلم * والمذهب فى جميع هذه الصور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع فيصح بلا خلاف أو اختلف النوع فقط وفى التصحيح خلاف كما تقدم و بقية الصور كلها لابد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزما أو على المذهب والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ النظر فى هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة أو لعسر التمييز كلام الجمهور يقتضى الاول ولا فرق فى جميع ماذكرناه بين الثمار والزروع وان كان كثير من الاصحاب اذا تكلموا إنما يذكرون البستان والثمار فليس الا على جهة ذكر بعض افراد المسألة وممن صرح بذلك صاحب التتمة قال انه اذا اشتد بعض السنابل كان كالثمار اذا بدا الصلاح فى بعضها لكنه فرض ذلك فيما اذا تسنبل جميع الحب والظاهر ان ذلك منه ليس على

فعن ابن سريج أنه لايقنع بذلك ولا يحلف على نفى العلم كما لو ادعى الفا على إنسان فقال فى الجواب لست أدرى كم لك علىّ فعلى هذا لو أصر علىّ قوله الأول جعل ناكلا وردت اليمين على الشفيع والمحكى عن النص وأكثر الأصحاب أنه يقنع منه بذلك ويحلف عليه لأنه محتمل و يخالف ما إذا ادعى عليه الفا فان المدعي ههنا هو الشقص لا الثمن المجهول و بتقدير صدق المشترى ليس له الأخذ بالشفعة فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ وعلى هذا الخلاف لو قال نسيت مقدار الثمن الذى اشتريت به فعلى رأى يجعل قوله نسيت نكولا وترد اليمين علي الشفيع قاله القاضى الرويانى و به قال ابن سريج وابن أبي هريرة والماوردى والقفال وهو الاختيار * وان لم يعين قدراً ولكن ادعى على المشترى أنه يعلمه وطالبه بالبيان ففيه وجهان (أصحهما) عند صاحب التهذيب أنه لاتسمع دعواه حتي يعين قدراً فيحلف المشترى حينئذ أنه لايعرف (والثانى) أنها تسمع و يحلف المشترى على مايقوله فان نكل حلف الشفيع على علم المشتري وحبس المشترى حتى يبين قدره ويحكى عن ابن سريج وغيره تفريعاً على الأول أن طريق الشفيع أن يعين قدراً فان ساعده المشتري فذاك والا حلفه على نفيه فان نكل استدل الشفيع بنكوله وحلف علي ماعينه اتفاقا وان حلف المشترى زاد وادعى ثانياً وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشترى فيستدل الشفيع بنكوله و يحلف وهذا لأن اليمين قد تستند الى التخمين ألا ترى أن له أن يحلف على خط أبيه اذا سكنت نفسه اليه (وقوله) فى الكتاب وحلف أنه لايعرف وزنه غير محتاج اليه فى الصوير فانه لو اقتصر على أن يقول ولو اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحاً وانما

سبيل الاشتراط فانه لو تسنبل بعض الحب واشتد و بعضه الى الآن بقل فقياس المذهب ان يبيع ويحتمل ان يقال يجرى فيه الخلاف فيما اذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع *ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا و بشرط التبقية كالثمار حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الارض التى زرع فيها البطيخ و باع الجميع جاز و يدخل فى العقد كل ماهو موجود من ثمرة ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار قاله صاحب التتمة* ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق فى الارض لاستتاره وجهالته ويخالف الغائب لانه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع وذلك عيب فيه قاله فى التتمة وغيرها وقد تقدم* ويصح بيع القبيط فى الارض بشرط القطع ان لم يكن بلغ الحد الذى يقصد تناوله فيه وان بلغه فيجوز مطلقا و بشرط التبقية ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان لان ماهو المقصود منه ظاهر وانما المستتر بالارض عروقه وهى غير مقصودة قاله فى التتمة * والسلجم ان كان المعظم منه ظاهرا فكالقبيط وان كان فى الارض فكالفجل والسلق قاله فى التتمة أيضا*

﴿ فرع ﴾ اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن

يحتاج الى الحلف إذا فرض نزاع ثم الحلف على نفي العلم انما يكون اذا سمع منه نفي العلم فى جواب دعوى الشفيع ويجىء فيه ماسبق من الخلاف *

قال ﴿ ولو خرج ثمن المبيع مستحقا وهو معين تعين بطلان (ح) البيع والشفعة * وان خرج ثمن الشفيع مستحقا لزمه الابدال ولم يبطل ملكه ولا شفعته فى أظهر الوجهين * وكذا اذا خرج زيوفا ﴾ *

إذا ظهر الاستحقاق فى ثمن الشقص المشفوع فاما أن يظهر فى ثمن المبيع أوفي ثمن الشفيع فان ظهر فى ثمن المبيع نظر ان كان معيناً بان بطلان البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قد أخذه * وعند أبى حنيفة لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً بناء على أن النقود لا تتعين بالتعيين وان خرج بعضه مستحقاً بطل البيع فى ذلك القدر وفى الباقي قولا تفريق الصفقة فان فرقناها واختار المشترى الاجازة فللشفيع الأخذ فان اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ففيه الخلاف المذكور فيما اذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول وان كان الثمن فى الذمة أى ونقده المشترى ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الابدال والبيع والشفعة بحالها وللبائع استرداد الشقص ليحبسه الى أن يقبض الثمن (فاما) إذا ظهر الاستحقاق فى ثمن الشفيع فان كان جاهلا لم يبطل حقه وعليه الابدال ثم حكي الامام وجهين فى أنا نتبين بم يملك باداء المستحق و يفتقر الآن الى تملك جديد أو نقول إنه ملكه والثمن ديناً عليه وان كان عالماً فوجهان (أحدهما) ان شفعته تبطل لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به فكانه ترك الشفعة مع القدرة عليها (والثانى) لا تبطل لانه لم يقصر فى الطلب والأخذ والشفعة لا تستحق بمال معين

الاصل نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها لم يجز الا بشرط القطع وان كان بعد بدو الصلاح فى بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس فى ذلك القداح من غير شرط القطع لانه فى معني ثمرة الشجرة فكان حكمه فى ذلك حكمها قاله فى الاستقصاء *

﴿ فرع ﴾ ولايجوز فى شيء من ذلك أن يبيع ماظهر من الثمرة أو الورد وما يظهر بعد ذلك فى سنته و به قال أبوحنيفة وأحمد وقال مالك يجوز *

﴿ فرع ﴾ لاخلاف انه لابد من وجود الصلاح فى شيء وقول الغزالى اتفقوا على ان وقت بدو الصلاح كاف محمول على ذلك وكذلك المراد فى اقامة وقت التأبير مقام التأبير ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت انه لايشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته ولا قائل به وانما أطلق الغزالى هذه العبارة لان العادة ان الوقت اذا حضر فلابد ان يوجد فى بعض والله أعلم *

حتى تبطل باستحقاقه (والأول) هو المذكور فى التهذيب (والثانى) ظاهر كلام المزنى واختاره كثير من الأصحاب ومنهم صاحب الكتاب وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول تملكت الشقص بهذه الدنانير أو غير معين بأن يقول تملكته بعشرة فمنهم من قال لا وقال الشيخ أبو حامد وآخرون نعم وموضع الوجهين ما اذا كان معيناً * وخروج الدنانير نحاساً كخروجها مستحقة * ولوخرج ثمن المبيع رديئاً فللبائع الخيار بين أن يرضى به و بين أن يستبدل فان رضى به لم يلزم المشترى الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ذكره فى التهذيب * ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً لم تبطل شفعته عالما كان أو جاهلا لأن أداءه صحيح بدليل ما اذا رضى المشترى به وفيه وجه أن خروجه معيباً كخروجه مستحقا (وقوله) فى الكتاب لم يبطل ملكه ولا شفعته فى أظهر الوجهين * أطلق الكلام في المسألة اطلاقا ولم يفرق بين أن يكون عالما أو جاهلا لاختياره الوجه الذاهب الى أن حقه لايبطل وان كان عالما والوجه الذى يقابله على هذا لا يراد انه ان كان عالما بطل وان كان جاهلا فلا يبطل لا البطلان مطلقا فانه لاقائل به والخلاف فى أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما الى حكاية الامام فى حالة الجهل و يطردان فى حالة العلم إذا قلنا ان حقه لايبطل لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سيما فى حالة العلم (وقوله) وكذا لو خرج زيوفا ان كان المراد منه النحاس المحض فهو صحيح * وان أراد الذى من ذلك الجنس فالتسوية بينه و بين ما إذا خرج مستحقا خلاف ظاهر المذهب وقد أجاب فى الوسيط بان خروج الثمن زيوفا لا يبطل الملك ولا الشفعة وهذا يقتضى ارادة المعني الثاني وحينئذ يختلف جوابه فى الكتابين ويكون الصحيح مافى الوسيط *

﴿ فرع ﴾ اذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح فى أحدهما قال العبدرى فانه لايكون صلاحا فى الآخر و يصح افراد هذا بالبيع دون الآخر لايختلف المذهب فيه هذا قول العبدرى فى الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله فى النخل فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم وان كان هذا فى الزرع بخصوصه فيحتاج الى فرق والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ قد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التابير ويجعل ذلك بمثابة التابير نفسه ومعني ذلك أنه اذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير فى الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك فى بدو الصلاح والله أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿اذا ابتاع زرعا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ لأن العادة فيها تركها الى الحصاد والجذاذ فلم يكلف نقله قبله كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل أنه لايكلف نقله الا بالنهار فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى السقى لزم البائع ذلك لأنه يجب عليه تسليمها فى حال الجذاذ والحصاد وذلك لايحصل الا بالسقى فلزمه ﴾ *

قال ﴿ ولو بنى المشترى فى الشقص الذى قاسمه وكيل الشريك فى غيبته فاذا حضر فحقه فى الشفعة باق له فانه كان شريكا ولم يسقط هو حق الشفعة وقد بقى له نوع اتصال وهو الجوار * ولكن لا يقلع (ح ز) بناء المشترى مجانا * بل يتخير بأن يبقى بأجرة أو يتملك بعوض أو ينقض بارش كالمعير سواء * إلا أنه يبقى زرعه ولا يطالبه (و) بالاجرة * والمعير له الأجرة لأن المشترى زرع ملك نفسه فكأنه استوفى منفعته فهو كما لو زرع ملكه و باع ﴾ *

إذا بني المشترى أو غرس أو زرع في الشقص المشفوع ثم علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجانا لابحق الشفعة ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات فى الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجانا وان بنى وغرس المشترى فى نصيبه بعد القسمة والتميز ثم علم الشفيع لم يكن له قلعه مجانا و به قال مالك وأحمد خلافا لأبى حنيفة * لنا أنه بني فى ملكه الذى ينفذ تصرفه فيه فلا يقلع مجانا وتعلق حق الشفعة به لايمكن من القلع مجانا لتعلق حق الرجوع بالأرض المرهونة (واعلم) أن فى تصوير المسألة إشكالين (أحدهما) قال المزنى المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع واذا رضى الشفيع بمالكية المشترى بطلت الشفعة فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة (والثانى) أن القسمة تقطع الشركة وترد العلقة بينهما إلى الجوار وحينئذ وجب أن لاتبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذى كنا نثبت الشفعة لدفعه كما لاتثبت ابتداء للجار وأجاب الأصحاب عن الأول بصور

﴿ الشرح ﴾ اتفق الاصحاب على انه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد فى الزروع والجذاذ فى الثمرة والمخالف فى هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه لانه يقول بيع الثمرة مطلقا ينزل على القطع ويجب قطعها فى الحال وقد تقدم الكلام معه قريباً فاغني عن اعادته وبينا أيضا فيما تقدم مايعتبر من العادة ومالا يعتبر من العادة ومن جملة ماتمسكوا به مما يحسن ذكره هنا ان موجب الشرع تفريغ ملك البائع وأجاب أصحابنا بان أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ماذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أومتاعا بالليل لايكلف نقله الا فى النهار وأما السقى فجمهور جماعات الاصحاب أوجبه علي البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات وقال القاضى حسين فيه وجهان (أحدهما) علي المشترى لأن الثمرة له (والثانى) على البائع لأنه متصل بملكه قال و يمكن ان يقال فيه وجهان بناء على مالو اصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا) يتلف من ضمان المشترى فالسقى عليه وان قلنا من ضمان البائع فالسقى عليه (قلت) وكذلك الشاشى فى الحلية حكى الوجهين فى وجوب السقى علي البائع وجعل أصلهما القولين فى وضع الجوائح لكن المذهب الجديد انها من ضمان المشترى

واضحة القسمة مع بقاء الشفعة فى صور (منها) أن يخبر بأن البيع جري بألف فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل اليه بالهبة فيقاسم ويبنى ثم يتبين أن البيع كان بمادون الألف وأن الانتقال كان بالعوض فتصح القسمة وتثبت الشفعة (ومنها) أن يقاسم الشفيع المشترى على ظن أنه وكيل إما لأخباره عنه أولسبب آخر (ومنها) أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشترين منهم فيقاسم الوكيل المشترى والشفيع غير عالم (ومنها) أن يكون له وكيل بالقسمة وفى أخذ الأشقاص بالشفعة فيرى فى شقص الحظ فى الترك فيتركه فيقاسمه ثم يقدم الشفيع ويظهر له بأن الحظ فى الأخذ وكذلك ولى اليتيم (ومنها) أن يكون الشفيع غائباً فيطالب المشترى الحاكم بالقسمة وللامام فى إجابة القاضى إياه وقفة إذا علم ثبوت الشفعة والمشهور الاجابة (وأما الثانى) فاجيب عنه بأن الجوار وان لم يكن يكتفى به فى الابتداء إلا أنه اكتفي به فى الدوام عند حصول الشركة فى الابتداء ولم يخرج على الخلاف فى بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة لأن الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدى إلى التأذى بضيق المرافق وسوء الجوار ولذلك اختلف العلماء فى ثبوت الشفعة (وقوله) فى الكتاب فى الشقص الذى قاسمه وكيل الشريك إشارة إلى حل الاشكال الأول و بيان بعض طرق صحة القسمة مع بقاء الشفعة (وقوله) فانه كان شريكا إلى آخره إشارة إلى حل الثانى * إذا تقرر ذلك فان اختار المشترى قلع البناء أو الغراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الارض لانه كان متصرفا فى ملكه فان حدث فى الارض نقص فالشفيع إما أن يأخذه على صفته واما أن يترك فان لم يختر المشترى القلع فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه فى الارض بأجرة و بين

والمذهب

والمذهب ان السقى على البائع وهو من جملة مايستدل به للقديم كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى ان يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ويؤيد ذلك انهم فى وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع انها من ضمان المشترى قالوا اذ لا يجب السقى على البائع هنا فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على انه محل وفاق لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بانها من ضمان البائع وطريقة وهى الاظهر عند الرافعى انها على القولين فيحتمل ان يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضاً وهو بعيد لانه لم يلتزم له الابقاء فينبغى ان تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ويتعين القطع بهذا لانه له المطالبة بالقطع فكيف نوجب عليه السقى الا ان يقال انه يجب عليه السقى فى مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد لأنه من تتمة التسليم وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه لا يجب على البائع فى مدة طلبه بالتسليم القيام به ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه فى مسألة وضع الجوائح *

﴿ فرع ﴾ الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما على ما سنحكيه فى مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) انه الى أوان الجداذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشترى فيه الى توان بترك الثمار على الاشجار (والثالث) بنفس الجداذ وهذا لم يصرحوا به فى السقى ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح وسيأتى ذلك مبينا هناك *

تملكه بقيمته يوم الاخذ وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الوجه الذى تقرر فى المعير إذا رجع وقد بنى المستعير فى الارض أو غرس بلا فرق ولو كان قد زرع فيبقى زرعه الى أن يدرك فيحصد وقياس التسوية فى فصل البناء وما نحن فيه وبين العارية أن يجىء الخلاف المذكور هناك فى زرع الارض المستعارة (والظاهر) فى الموضعين أنه يبقى الزرع وهل للشفيع أن يطالبه بالاجرة عن صاحب التقريب أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالأجرة على الظاهر (والمشهور) أنه لا مطالبة للشفيع بالاجرة بخلاف المعير فان المستعير زرع أرض المعير والمشترى زرع ملك نفسه واستوفى منفعته بالزراعة وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشترى بالاجرة لمدة بقاء الزرع (وقوله) فى الكتاب ولكن لا يقلع بناء المشترى مجانا معلم - بالحاء - لما مر - وبالزاى - لأن المزنى يوافقه (وقوله) إنه يبقى زرعه هذا الاستثناء يتعلق بالتسوية بين الشفيع والمعير كأنه قال والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشترى بلا أجرة والمعير يبقى بالاجرة (واعلم) أن فى الصور الثلاث منها صورة بيع الارض المزروعة وصورة

﴿ فرع ﴾ لو شرط السقى على المشترى بطل البيع لان السقى مجهول نص عليه الشافعى والاصحاب وعلله بعضهم بان السقى مجهول وعن القاضى أبى حامد انه ولو كان معلوما ابطلناه أيضاً من قبل انه بيع واجارة فى أولى قوليه (قلت) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى قال الخوارزمي والجذاذ على المشترى على الاصح (قلت) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ (ان قلنا) بالاول فعلى المشترى (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع لأنها لاتصير مسلمة الابه *

﴿ فرع ﴾ قال الشيخ أبو محمد في السلسلة اذا اشترى ثمرة على رؤس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى فان ضر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها وان لم يكن على الاشجار ضرر فى التبقية ولا للثمار نفع فى التبقية ولا ضرر على الثمار بالقطع ولو تركت على الاشجار لم تزد على حالها ولو قطعت لم ينقص القطع شيئاً من قيمتها وطالب البائع المشترى بقطعها فهل يجبر على القطع فعلى قولين ينبنيان على ما اذا أسلم فى شيء الى أجل معلوم فجاء به قبل المحل وليس فى قبضه مزية فهل يجبر على قبوله فعلى قولين (فان قلنا) لايجبر على القبول فلا يجبر المشترى على قطع الثمرة هنا والا فيجب ويعد محمولا على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم الانتفاع بالماء (اما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشترى على القطع ومن

العارية وما نحن فيه وجهين فى وجوب الاجرة وقد ذكرنا الخلاف فى الصورتين فى موضعهما لكن الظاهر من الخلاف فى صورة العارية وجوب الاجرة وفى الصورتين الآخيرتين المنع المعني الذى يجمعها وهو أنه استوفى منفعة ملكه هذا ماذكره عامة الاصحاب وصاحب الكتاب ناقض فى مسألة بيع الأرض المزروعة والذى ذكره ههنا جواب على أنه لاتجب الاجرة وذكر فى اللفظ الاول من القسم الثالث من النظر الرابع من كتاب البيع أن الاظهر وجوبها *

﴿ فرع ﴾ ذكرنا أنه إذا زرع لزم الشفيع إبقاء الزرع وحينئذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد لانه لاينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده قال الامام ويحتمل أنه لايجوز له التأخير وان تأخرت المنفعة كما لو بيعت الارض فى الشتاء لايؤخر الشفعة إلى أوان الانتفاع ولو كان فى الشقص أشجار عليها ثمار لاتستحق بالشفعة ففى جواز التأخير الى القطاف وجهان والفرق أن الثمار لاتمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع *

قال ﴿ ولو تصرف المشترى بوقف أو هبة نقض (و) * وان كان ببيع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالبيع الاول فينقضه (و) * أو بالثانى ﴾*

هنا أيضاً نأخذ ان مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولاضرر لايثبت خياراً المشتري وان ماسيأتي من كلام الصيدلاني في ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع *

﴿ فرع ﴾ قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا تنمو أو لا فائدة في تبقيتها هل للبائع تبقيتها *

﴿ فرع ﴾ باعَ الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ويسلم بحسب الامكان وفيه وجه انه يلزمه تسليمه علي العادة بأخذ الجمد منه كل يوم وقراً أو وقرين أو ثلاثة قال القاضي حسين (والصحيح) الاول وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين وقال الخوارزمي (الاصح) عندي انه لايجب تفريغها في الحال بل علي مر الايام على عادة تفريغ الجامد فعلى ماقاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف قال القاضي وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه في موضع البيع ولا يلزمه حمله الى بيته وان كانت العادة قد تقضى بذلك *

* قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿واذا اشترى ثمرة علي الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخري ففيه قولان (أحدهما) ينفسخ البيع وهو الصحيح لانه تعذر التسليم المستحق بالعقد فان البائع لايلزمه تسليم مااختلط به من ماله فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثاني) لاينفسخ لان المبيع باق وانما انضاف اليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن أو شجرة فكبرت فان قلنا لاينفسخ قلنا للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ العقد ﴾*

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما صحيحة لانها واقعة في ملكه وثبوت حق التملك للشفيع لايمنع المشتري من التصرف كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لايمنع تصرف المتهب وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق لايمنع تصرف الزوجة وفي التتمة وجه غريب عن ابن سريج أنها باطلة لان للشفيع حقاً لاسبيل الى إبطاله فاشبه حق المرتهن (واذا قلنا) بالشفعة فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لاتثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة وان كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه ويأخذ به الشقص بالبيع الاول فربما يكون الثمن فيه أقل أو من جنس هو عليه أيسر وبين أن لاينقض تصرفه ويأخذ وعن أبي إسحق المروزي أنه ليس تصرف المشتري بأقل من بنائه فكما لاينقض

﴿ الشرح ﴾ هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار وألحق به مافى معناه من اختلاط المبيع بغيره وذلك على مراتب (المرتبة الاولى) وعليها اقتصرت فى هذه القطعة من كلام المصنف. ان تكون الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها وذلك اما فيما يحمل حملين واما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ماظهر منها إمابعد بدو الصلاح مطلقا أوقبله بشرط القطع ولم يتفق القطع ثم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الاصل فاذا كان ذلك قبل ان يلقط المشترى ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة فان كانت تتميز بالكبر والصغر أونحوهما فان للمشترى المتقدمة وللبائع الحادثة نص عليه الشافعى والاصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين. وان لم تتميز أواشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أوما اشبه ذلك ففيه قولان اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) ينفسخ البيع لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق مايجبر البائع عليه واما التسليم فى ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ولوسمح به لايجبر المشترى على قبولها كما لايجبر على قبض مااشتراه وعين أخرى واذا ثبت ان المشترى لايجبر المبتاع على القبض نقول البيع باطل وهذا القول منقول عن نصه فى الام والاملاء على مسائل مالك رحمه الله فلو قال البائع انما اسمح بحقى فلا أثر لذلك على هذا القول والقول (الثانى) نقله الربيع وهو اختيار المزني انه لاينفسخ وقال الغزالى والرافعى فى المحرر انه الاظهر وكذلك الجرجانى لما ذكره المصنف ولان الاختلاط بمنزلة العيب فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشترى قال هؤلاء والتسليم غير متعذر فانه يقبضه أكمل ما كان كما لو أسلم فى طعام جيد فاعطى أجود مما ذكروه واردأ منه ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لايجب التسليم فى العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد وقد قال المصنف رحمه الله ان الصحيح

الشفيع بناءه لاينبغى أن ينقض تصرفه واختلفوا فى موضع هذا الوجه منهم من خصصه بما تثبت فيه الشفعة من التصرفات (أما) مالا تثبت فيه فله نقضه لتعذر الاخذ به ومنهم من عمم وقال تصرفات المشترى تبطل حق الشفيع كما يبطل تصرف المشترى المفلس فى حق الفسخ للبائع وتصرف المرأة حق الرجوع الى العين اذا طلق قبل الدخول وتصرف المتهب رجوع الواهب نعم لو كان التصرف بيعاً أو غيره مما تثبت فيه الشفعة تجدد حق الشفعة بذلك وعن رواية الشيخ أبي على عن أبى اسحق أنها لاتتجدد أيضاً لان تصرف المشترى اذا كان مبطلا للشفعة لايكون مثبتاً لها كما اذا تحرم بالصلاة ثم شك فجدد نية وتكبيراً لاتنعقد بها الصلاة لانه يحصل بها الحل فلا يحصل العقد ووجه ظاهر المذهب وهو أن للشفيع نقض تصرف المشترى لان حقه ثابت بأصل العقد فلا يتمكن المشترى من ابطاله ولايشبه تصرف المفلس وتصرف المرأة فى الصداق فان حق البائع والزوج لايبطل بالكلية بل ينتقل الى

الاول وكذلك قال القاضى أبو الطيب والشاشى وابن أبى عصرون وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث ان العقد لاينفسخ ولاخيار و يجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده واستبعده الامام وحكاه الجوزى عن أبى سلمة والمروزى وحكى الرويانى طريقة انه فى مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع قولا واحداً لان الشافعى جعلها دليل أحد القولين فى اختلاط الثمار قال وهذا أوضح (واعلم) ان ماذكره فى تعليل كل من القولين يقتضى ان التسليم لم يوجد ومن المعلوم أن القبض فى الثمار بالتخلية لكن وان قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب فالتسليم التام انما هو حين الجذاذ وشبه جماعة من الاصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعراض عن النعل فيما اذا اشترى دابة ونعلها ثم اطلع على عيب قال الامام ومسألة النعل ليست خالية عن خلاف وهذه التى نحن فيها أولى بالخلاف من تلك فان الزام المشترى بطوق منه البائع فيه بعد وفى هبة المجهول غوائل فالمسألة اذا مختلف فيها فان اجبرنا المشترى سقط خياره والا فهو على تخيره وقد حكى الرويانى فيما اذا انسالت حنطة على الحنطة المبيعة وسلم البائع الكل الى المشترى وجهين فى اجبار المشترى على القبول وفيه تصريح بمساعدة الامام لكنه لم يحك خلافا فى مسألة الثمرة ومع حكايته الوجهين فى الاجبار فى مسألة الحنطة قال انه لاخيار للمشترى وهذا كلام متيح والصواب أنا اذا لم نجبر المشترى على القبول فخياره باق وانه لافرق فى ذلك بين الثمار والحنطة وقد صرح الامام فى باب الخراج بالضمان بالوجهين فى الاجبار فى هبة الضمان وقال ان الأقيس عدم الاجبار على القبول وحكى الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا وقل ان الأصح سقوط خيار المشترى كما فى مسألة النعل وقول المصنف فى الثمرة فلم ياخذ وفى الحنطة فلم يقبض له معنى انبه عليه عن قرب وقوله حتى انثالت عليها

الثمن أو القيمة والواهب رضى بسقوط حقه حيث سلمه اليه وسلطه عليه وههنا يبطل حق الشفيع بالكلية ولم يوجد منه رضى ولا تسليم قال الشيخ أبو علي ويجوز أن ينبني الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد وطلقها قبل أن تختار الفسخ هل ينفذ الطلاق ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقها فى الفسخ ولم تسلط عليه كما ذكرنا وحكي القاضي أبو الطيب عن القاضى الماسرخسى أنه لاينقض تصرف الوقف وينقض ماعداه *

قال ﴿ ولو تنازع المشترى والشفيع فى العفو فالقول قول الشفيع * أو فى قدر الثمن فالقول قول المشترى * أو فى كون الشفيع شريكا فالقول قول المشتري يحلف أنه لايعرف له شريكا * فان أنكر المشترى الشراء فان كان للشفيع بينة أخذ الشقص وترك الثمن فى يده على رأى (و) إلى أن يقر * أو يحفظه القاضي فى وجه * أو يجبر المشترى على قبوله فى وجه * وان لم يكن له بينة فان أقر البائع

حنطة أخرى هو باطلاقه شامل لما اذا كانا معلومى القدر اولا لكن صورة المسألة فيما اذا لم يكونا معلومي القدر على ماسيأتى التنبيه عليه فى فرع عن الماوردى وقول المصنف رحمه الله تعالى (فان قلنا) لاينفسخ قلنا للبائع إن سمحت بحقك أقرى العقد وأجبرنا المشترى على القبول كذلك صرح به الاصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما وقد تقدم عن الامام مافيه (وقوله) وان لم يسمح البائع فسخ العقد أى يفسخه الحاكم بينهما كذلك صرح به الاصحاب منهم الماوردى والقاضى أبو الطيب ولايقال للمشترى ههنا انكر تسليم المبيع والثمن جميعاً الى البائع لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من انفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الاصحاب على هذا القول وفي تعليق القاضى حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى وهو يوافق ماتقدم عن صاحب التقريب *

﴿ فرع ﴾ لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا فان اصطلحا على شيء كان القول قول من الشيء فى يده فى قدر مالصاحبه قال أبو اسحق وصورته أن يكون المشترى ترك الطعام وديعة عنده فاختلط وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله وقال المزنى رحمه الله تعالى انما القولان فى المسألتين قبل القبض فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولا واحدا وغلطه الشيخ أبو حامد وفرق هو والاصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة ان قلنا بالقول الجديد انها من ضمانه فان كمال القبض فيها على البائع بدليل ان عليه السقى و بدليل انها لو عطشت كان للمشترى الخيار (قلت) ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة فلم يأخذ وفى الحنطة فلم يقبض فلم يأت فى الثمرة بلفظ القبض بل بلفظ الاخذ والمراد به أخذها من على الشجرة واما القبض فمتقدم على ذلك

بالبيع دون قبض الثمن سلم الثمن اليه وأخذ (و) بالشفعة فالحق لايعدوهما * وان قال قبضت الثمن فيقرر الثمن فى يده أو يحفظه القاضى * وقال لاشفعة ههنا لتعذر الأخذ بلا ثمن ﴾ *

غرض الفصل فى الاختلاف وفيه مسائل (إحداها) إذا اختلف المشترى والشفيع فقال المشترى للشفيع عفوت عن الشفعة أو قصرت وسقط حقك وأنكر الشفيع فالقول قوله لأن الأصل بقاء حقه (الثانية) قال المشترى اشتريت بألف وقال الشفيع بل بخمسمائة فالقول قول المشترى لأنه أعلم بالعقد الذى باشره من الشفيع ولأن الاصل بقاء ملكه حتى ينتزع فيما يقر باستحقاق الانتزاع منه وكذلك لو كان الثمن عرضاً وتلف واختلفا فى قيمته فان نكل المشترى حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه وهذا إذا لم تكن بينة فان كان لأحدهما بينة قضى بها ولا تقبل شهادة البائع للمشترى لانه يشهد لحق نفسه وفعل نفسه وفيه وجه أنها تقبل لانه لايجر إلى نفسه نفعاً بشهادته والثمن ثابت له باقرار المشترى

وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أوفى الجرين أو غيره لم ينفسخ قولا واحدا وانما القولان بعد التخلية لان القبض لم يستقر ألا ترى ان الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشترى ردها بالعيب قاله القاضى أبو الطيب وغيره وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور انه يجب على البائع السقى وقد حكى القاضي حسين رحمه الله فيه وجهين و بناهما على ان الحاجة من ضمان البائع أو من ضمان المشترى وهو غريب فى النقل ومثله فى الغرابة ماارتضاه الامام والغزالى من ان الاختلاط فى الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح (فان قلنا) توضع كان كما قبل القبض والا فيتفاصلان بالخصومة أو الاصطلاح فعلى ذلك لايأتى علي الجديد الا ان البيع صحيح قولا واحداً كما ذهب اليه المزنى وهو خلاف ماأطلق عليه العراقيون فقد تلخص فى اختلاط الثمار انه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الرويانى فى الحنطة ان يقال هنا انه يبطل قولا واحدا وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعا وان كان بعد التخلية وقبل الاخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين كما قبل التخلية واختار المزنى والامام والغزالى علي الجديد أنه كما بعد الجذاذ فالمصنف حينئذ جرى علي طريقة العراقيين وهى الصحيحة وممن اختارها القاضى حسين من الخراسانيين وقد أغرب المتولى فحكى فى كتاب الرهن أنه لافرق فى جريان القولين فى مسألة الحنطة بين ماقبل القبض و بعده وهذا ضعيف جداً ويلزمه طرد ذلك فى الثمار بعد الجذاذ *

﴿ فرع ﴾ لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليه جزافا ثم اختلطت بحنطة للبائع قال القاضى حسين يخرج على القولين ﴿ فائدة ﴾ إذا انتهى الامر إلى الخصومة وقبول قول ذى اليد قال الامام سبيله فى الخصومة أن لايتعرض للبيع فانه إذا ادعي بيعاً فى الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الكلام إلى اختلاف المتبايعين فى قدر المبيع *

ولو شهد للشفيع فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه (أحدها) المنع لانه شهد على نفسه حيث يقول بعت بكذا وهذا ما أجاب به العراقيون (والثاني) القبول لانه ينقض حقه وهذا أصح عند صاحب التهذيب (والثالث) أنه ان شهد قبل قبض الثمن قبلت شهادته لانه ينقض حقه اذ لايأخذ أكثر مما شهد به وان شهد بعده لم تقبل لأنه يجر الى نفسه نفعاً من حيث إنه اذا قبل الثمن قبل مايغرمه عند ظهور الاستحقاق وان أقام كل واحد منهما بينة علي مايقوله فعن الشيخ أبى حامد أن بينة المشترى أولى كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج (والاصح) ويحكى عن القاضى أبى حامد أنهما يتعارضان لأن النزاع ههنا فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه وعلى هذا فالاستعمال ههنا اما ان قلنا بالتساقط فكما لو لم تكن بينة وان استعملناها ههنا امابالقرعة واما بالتوقف ولواختلف البائع والمشترى

﴿ فرع ﴾ اليد فى الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشترى أولهما ثلاثة أوجه نقلها الامام قال ابن أبي الدم ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار فى يد واحد فالقول قوله (وان قلنا) إنها فى يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالى مايقتضيه هذا الوجه ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ولكل منهما تحليف صاحبه وفى كيفيته وجهان كالوجهين فى عين فى يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف علي استحقاقه النصف الذى يسلم اليه (والثانى) على استحقاقه الكل والاول اصح وهذه المسألة مذكورة فى الدعاوى *

﴿ فرع ﴾ قدتقدم حكاية الخلاف فى التصحيح في هذه المسألة وان الغزالى والرافعي قالا إن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التى يغلب تلاحقها ان البيع لايصح فان كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب فينبغى أن لايبطل فى صورة العلم بطريانه وان كان مانعا من التسليم فينبغى إذا طرأ قبل القبض ينفسخ العقد كتلف المبيع *

﴿ فرع ﴾ قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف وهكذا هو فى مختصر المزنى وقال إن البائع بالخيار والغزالى والرافعى لم يذكرا ذلك وإنما قالا إنه يثبت للمشتري الخيار قال الرافعي فان قال البائع اسمح ففى سقوط خيار المشتر وجهان والمفهوم من إثبات الخيار للمشترى أنه اذا لم يسمح البائع فالمشترى يفسخ وقد قدمت عن أبى الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم وأيضا قياس قول الرافعى ان ذلك من باب العيوب فيكون على الفور الا أن

فى قدر الثمن فان ثبت قول المشترى فذاك وان ثبت قول البائع بالبينة أو باليمين المردودة فعلى المشترى ما ادعاه البائع والشفيع يأخذ بما ادعاه المشترى لاعترافه بأن البيع جرى بذلك والبائع ظالم بالزيادة فتقبل شهادة الشفيع للبائع ولا تقبل للمشتري لانه متهم في تقليل الثمن وان لم تكن بينة وتحالفا وفسخ البيع بينهما أو انفسخ فان جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر فى يده وعلي المشترى قيمة الشقص للبائع وان جرى قبل الاخذ ففى سقوط حقه الخلاف المذكور فيما اذا خرج معيباً (فان قلنا) لاتسقط أخذه بما حلف عليه البائع لانه اعترف باستحقاق الشفيع الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل حقه ببطلان حق المشترى بالتحالف بل يأخذه منه وتكون عهدته عليه وتكلموا فى أنه لو لم يتحالف المشترى والشفيع تحالف البائع والمشترى وفرقوا بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) أن كل واحد من البائع والمشترى يدعى ويدعى عليه شىء فحلف كل واحد منهما من حيث هو مدعى وليس كذلك الشفيع والمشترى بل الشفيع مدع محض والمشترى مدعى عليه محض فاختص بالتحليف (والثانى) أن البائع والمشترى كلاهما

يسقطه البائع بترك حقه فلو لم يفعل وأخر المشترى الفسخ سقط حقه وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب ﴿ فائدة ﴾ قال الامام ولو اعترفا والاختلاط بعد القبض بالالتباس ورضيا بأن لا يفسخ العقد رجع الكلام الى الوقف والاصطلاح فقوله ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ وان كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك وانما يأتى هذا الكلام عند الاصحاب على أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ فحينئذ اذا رضيا بأن لا يفسخ العقد يرجع الامر الى الاصطلاح كما بعد القبض *

﴿فرع﴾ هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ نهايته لم يحتج الى شرط القطع ولو كان البعض صغارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق فان كان الكل صغارا لم يجز الا بشرط القطع فلو باع في الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى القولان وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار وكل ماله حمل بعد حمل علي ما ذكره المزنى والأصحاب فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتى فى الفصل الذى بعد هذا *

مباشر للعقد والاحتمال في قولهم علي السواء وههنا الشفيع أجنبي عن العقد فكان تصديق المباشر أولى (والثالث) قال أبو اسحق كل واحد من البائع والمشترى يرجع الى شيء بعد التحالف هذا الى المبيع وذاك الى الثمن (وأما) الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع إلى شيء فلا فائدة فى تحليفه (الثالثة) لو أنكر المشترى كون الطالب شريكا فالقول قوله مع يمينه وانما يحلف علي نفى العلم بشركته لا على نفى شركته فان نكل حلف الطالب علي البت وأخذ بالشفعة وكذلك الحكم لو انكر تقدم ملك الطالب علي ملكه (الرابعة) إذا كانا شريكين فى عقار فغاب أحدهما ورأينا نصيبه فى يد ثالث فادعي الحاضر عليه أنك اشتريته ولى فيه حق الشفعة فلا يخلو إما أن يكون للمدعى بينة على دعواه أو لا يكون (القسم الأول) أن تكون له بينة فيقضى بها ويأخذه بالشفعة ثم إن اعترف المدعى عليه سلم الثمن اليه والا فيترك فى يد المدعى إلى أن يقر المدعي عليه أو يأخذه عنه القاضي ويحفظه أو يجبر علي قبوله أو الابراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة فى باب الاقرار وغيره ولو أقام المدعى بينة وجاء المدعى عليه بينة على أنه ورثه أو اتهبه فالبينتان متعارضتان وان جاء ببينة على أن ذلك الغائب أودعه إياه أو أعاره فان لم يكن للبينتين تاريخ للايداع فلا منافاة فيقضى بالشفعة لأنه ربما أودعه ثم باعه وان سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده بلفظ الايداع فاعتمده الشهود قال الشيخ أبو حامد ولاحتمال أنه تعذر على المشترى تسليم الثمن فقال له البائع أودعتك ما فى يدىّ من هذا العقار إلى أن تسلم الثمن نعم لو انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الايداع لاحقاً وذكر الشهود أنه أودعه وهو ملكه فههنا يراجع الشريك القديم فان قال إنه

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف * لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض وكان أحدهما معلوم القدر وذلك باحد ثلاثة أوجه (اما) ان يكون كلاهما معلوم الكيل (واما) ان يكون المبيع منهما معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) ان يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فاذا كان المبيع معلوم القدر باحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر وتميز القدر يمنع من الجهل وهو أقوى المقصودين فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الاجزاء فصار عيبا يوجب الخيار فوجب ان يكون البيع جائزا وللمشتري الخيار فان فسخ رجع بالثمن وان اقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين * وان كان الطعامان متماثلي القيمة تقاسماه كيلا وان كان مختلف القيمة بيع وكانا شريكين فى ثمنه على قدر قيمة الطعامين لا ان يتراضيا بقسمة ذلك كيلا على الحصص دون القيمة فيجوز * ذكر هذا الفرع بكماله الماوردى وهو ينبه على ان محل جريان الخلاف فى الانفساخ انما يكون عند الجهل بالاقدار ولذلك قيدت كلام المصنف فانه مطلق والله أعلم * وكذلك كلام كثير من المصنفين واما الثمار فلا تكون إلا مجهولة المقدار والله أعلم *

وديعة سقط دعوى الشراء وان قال لاحق لى فيــه قضى بالشفعة (والقسم الثانى) أن لايكون له بينة فالمدعى عليه فى الجواب أحوال (أحدها) أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه كما ادعى المدعى فهل للمدعى أخذه فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لأنه اعترف بسبق ملك الغائب ثم ادعى انتقاله اليه فلا يقبل قوله فى الانتقال فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكاتب ويبحث هل هو مقر بالبيع (والثانى) وهو الأظهر نعم لتقارهما على البيع ويكتب القاضى فى السجل أنه أثبت الشفعة باقرارهما فاذا قدم الغائب فهو على حجة (الثانية) أن ينكر أصل الشراء فالقول قوله مع يمينه ثم ينظر ان اقتصر فى الجواب على أنه لايستحق أخذه بالشفعة أو أنه لايلزمه تسليمه اليه حلف كذلك ولم يلزمه التعرض لنفى الشراء وان قال فى الجواب لم اشتره بل ورثته أو اتهبته فيحلف كذلك أم يكفيه الحلف على أنه لايستحق الشفعة فيه وجهان كما ذكرنا فى دعوى عيب المبيع * وان نكل المدعى عليه حلف الطالب واستحق الشقص وفى الثمن ما تقدم من الوجوه * هذا إذا أنكر المشترى والشريك القديم غير معترف بالبيع فان كان معترفاً والشقص فى يده نظر ان لم يعــترف بقبض الثمن ففى الشفعة وجهان (أصحهما) ثبوتها وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزنى لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشترى وحق الشفيع فلا يبطل حق الشفيع بانــكار المشترى (والثانى) وبه قال مالك أنها لاتثبت لأن الشفيع يتملك على المشترى وهو منكر فلا يثبت مايتفرع عليه ويروى هذا عن ابن سريج (فان قلنا) بالثبوت فالى من يسلم الثمن فيه وجهان (أظهرهما) وهو المذكور فى الــكتاب الى البائع وتــكون عهدته عليه لأنه يتلقى الملك منه فــكان الشفيع فى هذه

﴿ فرع ﴾ قد تقدم انه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا ينفسخ العقد والعقد صحيح بحاله وكذلك الثمر اذا كان بعد الجذاذ فان كان قدر الطعام أو الثمر معلوما باحد الاوجه التى مضت تقاسماه على ماتقدم وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض انه بعد القبض فلا ينفسخ العقد وإن تراضيا على شيء واتفقا عليه جاز واقتسماه على ذلك وان اختلفا فان كانت صبرة المشترى قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع فى قدر ماله مع يمينه لان اليد له وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشترى فالقول قول المشترى فى قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزنى القول قول البائع لأن يده قد كانت على الطعامين معا وكان اعرف بقدرهما من المشترى المستحدث اليد قال الماوردى وهذا خطأ لأن ماوجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى ان تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت) والصواب ماقاله الماوردى وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا وليس من لازم التصوير الذى أطلقه المزنى ان تكون اليد للبائع فقد تكون صبرته فى يد غيره والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ لو صدر الخلط من البائع أو المشترى عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعى رضى الله عنه فى الام *

الصورة هو المشترى (والثانى) أنه ينصب القاضي أمينا يقبض الثمن من الشفيع للمشترى ويدفعه إلى البائع ويقبض الشقص من البائع المشترى ويدفعه إلى الشفيع وهذا يستمد من أحد الوجهين فى أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشترى الشقص واذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له مخاصمة المشترى ومطالبته بالثمن فيه وجهان لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة والرجوع بالدرك عليه أسهل (إن قلنا) نعم وحلف المشتري فلا شيء عليه وإن نكل حلف البائع وأخذ الثمن من المشترى وكانت عهدته عليه وما أخذه من الشفيع يترك فى يده أم يؤخذ ويوقف فيه وجهان هكذا أورده صاحب التهذيب وفى الشامل أن الوجهين فى أنه هل يطالب المشترى فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفيع فان رضى فليقنع بما أخذ وهذا أحسن * وان اعترف مع البيع بقبض الثمن (فان قلنا) لاشفعة فيما إذا لم يعترف بالقبض فههنا أولى وان أثبتنا الشفعة هناك ففى هذه الصورة وجهان (أظهرها) الثبوت ثم الثمن يترك فى يد الشفيع أو يأخذه القاضى ويحفظه أو يجبر المشترى على قبوله أو الابراء منه فيه الأوجه السابقة (والثانى) ويحكى عن أبي إسحق وابن أبى هريرة أنها لاتثبت لأن الشفيع لايأخذ إلا بالثمن ولا يمكن صرف الثمن ههنا الى المشترى ولا إلى البائع (الثالثة) أن يقول فى الجواب اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي فينظر فى المضاف اليه أهو حاضر أم غائب بالغ أو صبي ويكون الحكم فيه ماسيأتى في الدعاوى * وقوله فى الكتاب سلم اليه الثمن وأخذ كلاهما معلم - بالواو - لما ذكرنا من الخلاف فى الأخذ بالشفعة وفيمن

﴿ فرع ﴾ قال القاضي حسين ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض لاخلاف انه ينفسخ العقد ولأى معني ينفسخ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالاول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا لأنه يمكنه تسليم الكل قال ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين وان وقعت في وادى ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض أوحنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع ان قلنا بالاول انفسخ والا فلا (ومنها) اذا باع عبدا فأبق قبل القبض عامة اصحابنا على ان البيع لاينفسخ وقال أبو يعقوب كل الابيوردى ينفسخ قال القاضي ويمكن تخريجه على المعنيين وكذا لونهبه التركمان أوغاروا عليه قبل القبض (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لايظهر فرق بين تعذر التسليم و بين اليأس منه فانه إن أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ومأيوس منه وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لاتتميز

يسلم اليه الثمن على تقدير الأخذ (وقوله) فيقرر الثمن في يده أو يحفظه القاضي إشارة إلى الخلاف الذى ذكره مرة وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة والله أعلم *

قال ﴿ الطرف الثالث في تزاحم الشركاء * فان توافقوا في الطلب وتساوت حصصهم وزع عليهم بالسوية * وان تفاوت حصصهم فقولان في أنه يوزع على قدر الحصص * (ح و) أو على عدد الرؤس والجديد على أنه على قدر الحصص * ولو باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفقتين متعاقبتين فالمشتري الأول هل يشارك الشريك القديم في أخذ مضمون الصفقة الثانية وملكه في نفسه معرض للنقض ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يأخذ القديم نصيبه فلا يساهمه (ح) أو يعفو عن صفقته فيستقر شركته فيساهم فيه ﴾ *

الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور (الأول) أن يتفق الشركاء على الطلب (والثاني) أن يطلب بعضهم و يعفو بعضهم (والثالث) أن يحضر بعضهم و يغيب بعضهم وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضور أو لايكون كذلك ان كان الأول فاما أن يتفقوا على الطلب وهو الأمر الاول أو على الترك وشأنه هين أو يطلب بعضهم و يترك البعض وهو الثاني وان كان الثاني فاما إن كانوا غائبين جميعاً وهو متروك لوضوحه أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث (أما) الأول فتقدم عليه أن تعدد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداء بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة

فالمذهب انه يبطل البيع قال وتفارق الحنطة لان هناك الاشاعة لم تمنع البيع وههنا الاشتباه مانع من العقد وقيل لا يبطل لانه يمكنه التسليم بان يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع الانسان قال وهذا لا يصح لان الشرط فى القبض ان يتسلط به على المقبوض ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة (قلت) قوله المذهب انه يبطل البيع ان أراد الترجيح فى الجملة فالحنطة والثمرة كذلك وان أراد انه يبطل قطعا بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معني الاشاعة والاشتباه فقد يقال ان ذلك لا يستقيم لأن الخلط ههنا لواقتضى الاشاعة كما يقوله فى باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا انه لا ينفسخ العقد بالاختلاط لأن المذهب هناك انه يصير مشتركا وأيضا فكان يفصل هنا بين ان يكون الخلط بالمثل والاردأ او بالوجود كما هو مفصل هناك لكن المذهب ههنا انه ينفسخ العقد ولم يفصل أحد بين ان يكون الخلط بالاجود أو بالمثل فدل علي الفرق بين البابين وان الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة وماذكره الروياني يوافق وجها فى الفلس ان البائع لا يرجع فى المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ولوكان قول

فباع أحدهم نصيبه فتثبت الشفعة للباقين وقد يحصل فى الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد فمات تثبت الشفعة لورثته وعند أبي حنيفة وأحمد حق الشفعة لا يورث* لنا قوله صلى الله عليه وسلم «من ترك حقاً فهو لورثته» وأنه حق لازم مالى فأشبه الرد بالعيب* إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسألتان (إحداهما) أن المستحقين للشفعة إن تساوت حصصهم كدار بين ثلاثة فيأخذون الشقص بالسوية وان تفاوتت حصصهم كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها وللثانى ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فقولان (أصحهما) وبه قال مالك أن الشفعة على قدر الحصص فيقسم النصف بينهما أثلاثا لأن الشفعة من مرافق الملك فيقدر الملك ككسب العبد المشترك والنتاج والثمار (والثانى) وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني أنها على عدد الرؤس فيقسم النصف بينهما بالسوية لأن سبب الشفعة أصل الشركة فاشبه أجرة الصكاك وعن أحمد روايتان كالقولين واحتج المزني للقول الثانى بثلاث مسائل (احداها) أنه إذا اشترك ثلاثة فى عبد على التفاوت فأعتق اثنان نصيبهما وهما موسران يغرمان نصيب الثالث بالسوية (والثانية) لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه سوى الشافعى بين الأخ والعم فى الشفعة مع تفاوت حصصهم (والثالثة) قال الشافعي فيما إذا مات

---

(١) ﴿ حديث ﴾ من ترك مالا فلورثته تقدم فى الضمان (تنبيه) أورده الرافعي هنا بلفظ من ترك حقا ولم أره كذلك ☆

الاشاعة ملاحظا فى مسألة اختلاط الثمرة والحنطة لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشترى ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم وانما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير نعم معنى الاشاعة يجب ان يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض فى الحنطة و بعد الجذاذ فى الثمرة وكذلك على القول الذى حكاه الامام عن صاحب التقريب وان كان لم يتعرض للاشاعة ولا ينافى ذلك ما تقدم عن الاصحاب من فصل الخصومة لأن ذلك معرفة المقدار و بعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردى فيما اذا كان المقدار معلوما و يصير حكمه حكم الاختلاط المذكور فى غير ذلك من الأبواب وفى المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى فى باب الفلس والغصب والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿ و إن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشترى واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان قال أبو على بن خيران وأبو على الطبرى لا ينفسخ العقد قولا واحداً بل يقال إن سمح أحد كما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره و إنما اختلط ماعليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشترى

الشفيع قبل أن يأخذ فلورثته أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنه فى ذلك سواء (والجواب) (أما) مسألة العتق فمن الأصحاب من لم يسلمها وجعلها على القولين ومنهم من سلم وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف والنظر فيه إلى المتلفين لا إلى حال الاتلاف وهذا فائدة من فوائد الملك فيتقدر بقدره (وأما) المسألتان الأخيرتان فهما من باب الشفعة فنشرحهما ثم نذكر اعتذار من نصر القول الاول (أما) الأولى فللشافعى فيها قولان (القديم) و به قال مالك أن الأخ يختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الاخ لانهما ملكا بسبب واحد ولهذا لو ظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم واذا كان أقرب ملكا كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار (وأصحهما) و به قال أبو حنيفة وأحمد والمزني أنهما يشتركان فى الشفعة لاشتراكهما فى الملك والنظر فى الشفعة إلى ملك الشريك لا إلى سبب ملكه لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف فعلى هذا يوزع على الاخ والعم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان وقال الامام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لأن القول باستحقاقهما هو الجديد ولا تردد على الجديد فى أن الشفعة على قدر الحصص والتوزيع على الرؤس هو القول القديم وفى القديم لا شفعة للعم في المسألة وفى هذا الذى ذكره نزاع سنورده من بعد (واذا قلنا) باختصاص الأخ بالشفعة فلو أنه عفا هل تثبت للعم فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) لا لانه لو كان مستحقاً لتقدم غيره عليه (والثانى) نعم لأنه شريك وانما يقدم الاخ عليه

فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لاينفسخ فى الدار وقال المزنى وأكثر أصحابنا أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجرهو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولا واحداً بل يقال للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ العقد لانه لم يختلط المبيع بغيره وانما زاد المبيع فى نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزيلا فسمن الثانى وهو الصحيح أنه على قولين أحدهما لاينفسخ البيع والثانى ينفسخ ويخالف السمن والكبر فى العقد فان تلك الزيادة لاحكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العقد مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ولهذا لايجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما ﴾

﴿ الشرح ﴾ فيه مسألتان هما من بقية المراتب التى تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (إحداها) وهى المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة فى البيع من الثمرة حمل • إذا اشترى شجر وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبراً أو ما فى معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل المشترى واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين أما ما يحمل مرة فى العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شىء مؤبر كان جميع ثمرة ذلك العام للبائع • إذا عرف ذلك قال الأصحاب فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع والحمل الحادث للمشترى لأنه حدث فى ملكه وان لم يتميز فقد نقل المزنى عن الشافعى قولين كما تقدم فى المرتبة الأولى

لزيادة قربه فاذا سقط حقه استحق العم كما أن المرتهن يتقدم على سائر الغرماء فى المرهون ثم اذا سقط حقه تمسك به الباقون وهذا الخلاف راجع الى أن العم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق أو مزحوم بالاخ والقولان فى مسألة الاخ والعم جاريان فى كل صورة ملك شريكان بسبب واحد وغيرهما من الشركاء بسبب آخر فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه فى قول الشفعة لصاحبه خاصة وفى قول للكل مثاله كان بين اثنين دار فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه ثم باع أحدهما نصيبه أو مات مالك الدار عن ابنين وأختين فباعت احدى الاختين نصيبها ففى من له الشفعة وجهان عن ابن سريج (أحدهما) أنه على القولين ففى قول هى للأخت الأخرى وفى قول لهن جميعاً (وأظهرهما) القطع باستحقاقهن جميعاً لان سبب ملكهن واحد وانما الاختلاف فى مقادير الملك (وأما) الثانية فاذا مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة كما تقدم وفى كيفيته ثلاثة طرق (أحدها) أن فى كون الشفعة بينهما على الرؤس أو على قدر المواريث القولين (أظهرها) وبه قال صاحب الافصاح والشيخ أبو حامد القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب فى أن

واختلف الاصحاب فى ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى (احداهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى فى الأفصاح القطع بعدم الانفساخ ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لاتعرف للشافعى رحمه الله تعالى ولا نص عليها ولا تجىء على مذهبه أيضا بل البيع صحيح بكل حال قال وقد نكت ابن خيران وما قصر وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلي ماقاله ابن خيران وكذلك الماوردى قال ان ماقاله ابن خيران أصح جواباً وتعليلاً وان كان نقل المزنى صحيحا قال والاذعان للحق أولى من نصرة ماسواه وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى انهما قالا ان الذى فى مختصر المزنى نقله فى الأم فوقع الغلط فى النقل من مسألة بيع الثمرة الى مسألة بيع الأصول واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بان الاختلاط ليس فى المبيع فصار كما لو اشترى رجل ثمارا وتجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع فى يد البائع فلا خيار بعيب الثمار قال الامام وهذا القياس الذى لايسوغ غيره وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمي فى الكافى (والطريقة الثانية) وبها قال المزنى وأبو اسحق المروزى ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا انها على القولين قال هؤلاء ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المزنى ثقة فيما نقله عنه وفى المسألة مالا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) ان فيها يقال للمبتاع أتسمح فان سمح والا قيل للبائع اتسمح فلولا ان المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح ان يقال لكل منهما أتسمح (والثانى) انه قال تكون الخارجة للبائع والحادثة للمشترى فدل على ان المعقود عليه هو الشجر ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان المقصود منها الثمرة فاذا اختلطت

ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم أوله وروث ثم يتلقون منه (فان قلنا) يأخذون لأنفسهم عاد القولان فى المسالة (وان قلنا) يأخذون للميت قطعنا بانهما يأخذان على قدر الميراث والثانى يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك وانما يحصل ملكهم بالارث وهو متأخر عن الشراء والملك المتأخر لايفيد ولازلة الشفعة (والطريق الثالث) القطع بالتسوية لأن الموروث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة كحد القذف هكذا حكاه ووجهه الشيخ أبو الفرج السرخسى * اذا عرفت المسالتين فمن نصر قول التوزيع على الحصص قال فى المسألة الأولى (ان قلنا) بطريق القولين فلا فرق ولا احتجاج وعلى ماذكره الامام الحكم فى المسألة غير ما احتج به جزما فلا يصح الاحتجاج به أصلا ولكن الذى ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص والأكثرون عكسوا ذلك وقالوا القولان معا منصوصان فى الام والقديم منهما هو التوزيع على الحصص ولذلك اعترضوا على ابن القاص ومن اثبت قول التوزيع فى المسألة تفريعا على ثبوت الشفعة للأخ والعم جميعاً بان الشفعة انما ثبتت لهما فى الجديد وفى الجديد التوزيع على عدد الرؤس فلا يجىء فيهما الا قولان التخصيص

الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع فهو كما لو اختلط المبيع بغيره قال الشيخ أبو حامد وهذا قريب غير ان ابن خيران أسقط المسألة بالاصالة فلا معنى لقول هذا القائل ان فيهما مالا يحتمل التأويل (قلت) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل واما اسقاط ابن خيران فيجاب عنه بان المزنى ثقة وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الان تقول ان المزنى أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى فانه ينفى الجزم بخطئها واعلم ان هؤلاء الائمة على جلالتهم واطلاعهم بين منكر لما نقله المزنى ومقلد له فيه وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم فانه قال فى آخر باب ثمر الحائط يباع أصله وما أثمر فى السنة مرارا فبيع وفيه ثمرة فهى للبائع وحدها فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فللمشترى الاصل وصنف من الثمرة مكان يخرج منه الشىء بعد الشىء حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع وهو فى شجره فكان للبائع مالم تقع عليه صفقة البيع وكان للمشترى ماحدث فان اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه الا بان يسلم البائع للمشترى الثمرة كلها فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشترى له هذه الثمرة فيكون قد ترك له حقه (والقول الثانى) أنه يفسد البيع من قبل به وان وقع صحيحا فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذى وقعت عليه صفقة البيع مالم يقع عليه وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الاغصان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصان فانه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه فيشترط فيها القطع على النص فيصح أن يقال إن المبيع قد اختلط بغيره وهذا تكلف

بالأخ والتسوية بينهما ذكر هذا الاعتراض القفال فى كثير من الأئمة (وأما) المسألة الثانية فمن قال فيها بالقولين قال الذى ذكرناه أحد القولين وسقط الآخر ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا فمنهم من لم يثبت مانقله المزنى ومنهم من حمله على التسوية فى أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق (وقوله) في فى الكتاب والجديد انه على قدر الحصص معلم بالحاء والزاى ـ وجعل هذا القول جديدا اتباعا لما ذكره الامام وفيه ماذكرنا عن الأولين وكأنهم لما رأوا القولين منصوصين في الجديد وأحدهما هو التوزيع على الحصص منصوص فى القديم رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصصوه به (المسألة الثانية) دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من انسان ثم باع النصف الثانى من آخر فالشفعة فى النصف الأول تختص بالشريك القديم ولا يخلو الحال اما أن يعفو عنه أو يأخذه ان عفا فهل يشاركه المشترى الاول فى النصف الثانى فيه وجهان (أحدهما) لا لأن الشريك القديم مسلط على ملكه فكيف يزاحمه به (وأصحهما) نعم لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية واستقر بعفو الشريك القديم فيستحق به وقطع قاطعون بهذا الوجه واذا قلنا به فيأخذان بالسوية أم بحسب الحصتين فيه القولان السابقان * وان أخذ الشريك

بعيد وقد أحسن المحاملى فاعترف بأن الشافعى رحمه الله تعالى نص علي القولين فى الأمورد علي ابن خيران مذهبا وحجاجا وذكر الامام عن القائلين بهذه الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة فى يد البائع بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الاشجار وعلى البائع فى الجملة تخلية المبيع للمشترى فقد حصل الاختلاط بسبب مااستبقاه البائع لنفسه وقرب ذلك من نقل الاحجار المودعة فى الارض ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل مافيها من الامتعة وفى البحر أن ابن خيران تأول مانقله المزنى على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ثم اشترى المشترى ثانيا الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها وهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهى مسألة القولين وغلطه فى هذا التأويل بان هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشترى واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر فى البيع أصلا والله أعلم ﴿ فائدة ﴾ قال الشيخ أبو حامد ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر فى سنة واحدة الاالتين فانه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده فى الوقت وقد قال

القديم النصف الأول ففى مشاركة الأول إياه فى النصف الثانى وجهان أيضاً قربوهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه وهو جاهل بالشفعة هل يبقى له الحق لأنه زال ملكه ههنا بالقهر كما زال هناك بالجهل (والأصح) أنه لايشاركه وقطع به بعضهم واذا اختصرت قلت فى المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر فى الكتاب (أحدها) أن الشريك القديم والمشترى الأول يتساويان فى النصف الثاني بكل حال (والثانى) يختص به الشريك القديم بكل حال (والثالث) يفرق بين أن يعفو عن النصف الأول أو لايعفو وهو الظاهر والمحكي عن أبي حنيفة فى المسألة يوافق الوجه الاول *

قال ﴿ وان عفا أحد الشريكين وجب على الثاني أن يأخذ الكل (و) لان أخذ البعض إضرار بالمشترى * وان عفا شريك واحد عن بعض حقه سقط (و) كله * كالعفو عن القصاص فانه لايتجزء نظراً للمشترى * وان كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذراً من التبعيض * فاذا رجع الثانى شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن اليه وعهدته عليه * واذا جاء الثالث قاسمهما جميعاً ﴾ *

الامر الثاني يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم ونبتدىء فيه بما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعض حقه وفيه وجوه (أصحها) وهو المذكور فى الكتاب أنه يسقط جميعه لان البعض لاسبيل اليه لما فيه من الاضرار بالمشترى فاذا سقط بعضه سقط كله كالقصاص إذا عفا المستحق عن بعضه (والثانى) لايسقط شىء لان التبعيض قد تعذر وليست الشفعة مما يسقط بالشبهات فيغلب فيها جانب الثبوت وأيضاً فانه لم يرض بترك حقه وانما عفا عن البعض ليأخذ الباقي فصار كما لو عفا عن بعض

غيره ان النارنج والأترج والرانج أيضا يحمل حماين وقد بلغني عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين وأجاب الاصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما فى ثمرة النخل حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة فى النخل انه يحمل حملا واحدا فاذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له والتين يحمل حماين كل واحد منهما غير الآخر فالثانى كثمرة النخل فى العام القابل (قلت) والآخر كذلك غير أنه لايطرد فى شجر بعينه ولانقول فى ثمرة النخل مطلقا ان ثمرة العام كلها للبائع فقد ورد ان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل فى السنة مرتين بدعوة النبي ﷺ له فالمعتبر حينئذ بالحمل على ماجرت العادة فاذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بيناغير متلاحق لم يتبع الثانى الاول وان كانت عبارة الشافعى التى قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغى ان يقول على ذلك سؤال قال الاصحاب (ان قيل) هلاقلتم الحمل الثانى تابع للأول كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود (فالجواب) ان فى الطلع وجهين

حد القذف (والثالث) أنه يسقط ماعفا عنه ويبقى الباقى لانه حق مالى قابل للانقسام وعن الصيدلانى أن موضع هذا الوجه ما إذا رضى المشترى بتبعيض الصفقة عليه فان أبى وقال خذ الكل أو دع الكل فلذلك قال الامام وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور فان حكمنا به فطريقان (منهم) من قطع بأن العفو عن البعض تأخير فى طلب الباقى (ومنهم) من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي وأجرى الوجوه ويدنو الاول أن صاحب الشامل ذكر أنه لو استحق شقصاً بالشفعة فجاء وقال آخذ نصفه سقطت شفعته فى الكل لانه ترك طلب النصف * إذا تقرر ذلك فلو استحق الشفعة اثنان فعفا أحدهما عن حقه ففيه أربعة أوجه (أحدها) ويحكي عن ابن سريج أنه يسقط حقهما جميعاً كما لواستحق اثنان القصاص فعفى أحدهما (والثانى) لايسقط حق واحد منهما كما ذكرنا فى الصورة الاولى لانه لايسقط شيء فغلبنا جانب الثبوت (والثالث) أنه يسقط حق العافى وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه لان العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشترى كما لو عفوا جميعاً وليس المشترى أن يلزمه أخذ الجميع (والرابع) وهو الاصح أن حق العافى يسقط ويثبت الحق بكماله للثانى فان شاء ترك الكل وان شاء أخذ الكل وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو لما فيه من تبعيض الصفقة على المشترى هذا هو الوجه المذكور في الكتاب (وقوله) وجب على الثانى أن يأخذ الكل أراد به أنه ان أخذ أخذ الكل لا الحصة إلا أنه يلزمه الاخذ هذا اذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء (أما) اذا ثبتت لواحد ومات وورثه اثنان فعفا أحدهما فهو كما لوثبتت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها أوثبتت لاثنين فعفا احدهما فيه وجهان (أظهرهما) الثانى قال الامام والخلاف

والفرق ان الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود لأنه ليس له الاحمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه وليس كذلك الحمل الثانى مع الحمل الاول *

﴿ فرع ﴾ قال المتولى فى هذه المسألة ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا والذى صححه ابن أبى عصرون فى هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة *

﴿ فرع ﴾ اذا قلنا ينفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا) ينفسخ قال القاضي أبو الطيب فمن سمح منهما أجبر الآخر علي قبوله وان امتنعا فسخ الحاكم بينهما كذلك قال القاضى أبو الطيب وهو مفهوم المصنف رحمه الله قال الماوردى على مايقتضيه مذهب ابن خيران ان تراضيا واتفقا علي قدر الحادثة من المتقدمة والا فالقول قول صاحب اليد ولا يفسخ البيع لأنه لايجعل لما حدث تأثيرا فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل فى المعني الذى لحظه ابن خيران لأن الاختلاط فى غير

بناء علي ماسبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه أو يتلقاها عن المورث (واعلم) أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفيع عن بعض حقه ولعفو أحد الشفيعين عن حقه الا الوجه الصائر الى استقرار العفو عنه على المشتري فانهم لم يذكروه فى عفو الشفيع عن بعض حقه فبه يحصل الافتراق وأيضاً يفترقان فى الاصح * ولو كان للشقص شفيعان فمات كل واحد منهما عن ابنين فعفا أحدهما (فان قلنا) عفو الوارث كعفو الشفيع عن بعض حقه ففي وجه يسقط الكل كما كان وقياس الوجه الثالث فى عفو الشفيع عن بعض حقه أن يسقط حق العافى وأخيه ويأخذ الآخران (وان قلنا) كعفو أحد شفيعي الاصل عاد الوجه الاول والثانى وفيه وجه ثالث وهو أنه ينتقل حق العافى الى الثلاثة فيأخذون الشقص أثلاثا ووجه رابع وهو أن حق العافى يستقر للمشترى وكل واحد من الثلاثة يأخذ الربع ويجيء فى هذه الصورة وجه خامس وهو أن حق العافى ينتقل الى أخيه خاصة بناء على القول القديم فى مسألة الاخ والعم *

﴿ فرع ﴾ مات الشفيع عن اثنين وادعى المشترى عليهما أنهما عفوا فالقول قولهما مع اليمين وتكون اليمين على البت بخلاف ما اذا ادعى أن أباهما عفا عن الشفعة فانكرا فانهما يحلفان على نفى العلم ثم ان حلفا أخذا وان نكلا حلف المشترى ويبطل حقهما وان حلف أحدهما دون الآخر قال ابن الحداد ليس للمشترى أن يحلف لانه لايستفيد بيمينه شيأ فانه وان ثبت عفو أحدهما ينتقل الحق الى الثانى وهذا جواب علي أنه اذا عفا أحد الشريكين كان للآخران يأخذ الكل وهو الأصح (أما) اذا قلنا ان حق العافى يستقر على المشترى فيحلف المشترى ليستقر له نصيب الناكل ثم الوارث

المبيع لا أثر له وكذلك صرح به المحاملي بعبارة تقتضي أنه منقول عن ابن خيران فانه قال وقال ابن خيران المسألة على قول واحد ان البيع لا يبطل ولكن يقال لكل منهما اسمح بترك ثمرتك فان سمح اجبر الآخر على القبول وان لم يسمح نظر فان كانت الشجرة والثمرة فى يد البائع كان القول قوله فى قدر مايستحقه المشترى منها وان كانت فى يد المشترى فالقول قوله فى قدر مايستحقه منها * وكذلك الامام قال انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ور بما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ولا منافاة بينهما فقد بين الرويانى ذلك ونقل القول بالفسخ عن نصه فى الام وعن ابن خيران انه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعاً على القول بعدم الانفساخ من قولى طريقة الخلاف وماقاله الماوردى والمحاملي والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد

الحالف لا يستحق الكل بنكول أخيه ولكن ينظر ان صدق أخاه على أنه لم يعف فالشفعة بينهما وان ادعى عليه العفو وأنكر الناكل عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه وان نكل فى جوابه أيضاً حلف المدعى على أنه عفا وحينئذ يأخذ الكل قال وان كانوا ثلاثة ولم يحضر الا واحد أخذ الكل وسلم كل الثمن حذاراً من التبعيض فاذا رجع الثانى شاطره وملك عليه من وقت تسليم نصف الثمن اليه وعهدته عليه فاذا جاء الثالث قاسمها جميعاً (الامر الثالث) أن يحضر بعض الشركاء دون بعض فاذا كانت الدار لأربعة بالسوية فباع أحدهم نصيبه وثبتت الشفعة للباقين ولم يحضر الا واحد فليس له أخذ حصته من الشقص لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتتفرق الصفقة على المشترى ولا يكلف الصبر الى أن يحضرا ولكنه يخير بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل وهل له تأخير الأخذ الى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على الفور فيه وجهان (احدهما) وبه قال ابن أبى هريرة لا لتمكنه من الأخذ (وأصحهما) عن الشيخ أبى حامد ويحكي عن ابن سريج وأبى اسحق نعم لأنه تأخير بلعذر لأن له غرض ظاهر فى أن لا يؤخذ ما يؤخذ منه وإذا أخذ الكل ثم حضر أحد الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن كما لو لم يكن الاشفيعان فاذا حضر الثالث فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث مافى يده وحينئذ يحصل الاستواء ويستقر ملكهم ثم للمسألة فروع (منها) إذا خرج الشقص مستحقا بعد الترتيب المفروض ففى العهدة وجهان (أحدهما) أن عهدة الثلاثة على المشترى لاستحقاقهم الشفعة عليه (والثانى) أن رجوع الاول على المشترى يسترد منه كل الثمن ورجوع الثانى على الاول يسترد منه النصف ورجوع الثالث على الاولين يستردمن كل منهما مادفع اليه

عليه قوى لانه نقل قول ابن خيران وفرع عليه انه يقال من سمح منكما أقر العقد فافهم انه اذا لم يسمح واحد منهما لايقر العقد ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القوابن وقالها تفريعاً على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضى أبى الطيب والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ كلام المصنف هنا مشيرالى انه لامزية فى غرض ترك الحق بين البائع والمشترى وكلامه فى التنبيه يقتضى انه يبدأ بالبائع وكلام الماوردى يقتضى البداءة بالمشترى والاقرب التسوية كما أشار اليه فى المهذب وان من بدأ بالقول البائع أو المشترى لم يقل ذلك على أنه متحتم بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة فى التسليم فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا والله أعلم *

﴿ فرع ﴾ أورد على الزام المشترى أو البائع قبول مابذل له من الثمن لامضاء العقد ماذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع فانه لايلزمه الاجابة وفيه

لان التملك وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم وهذا أظهر وهو المذكور فى الكتاب والعراقيون يرجحون الاول * وفى التتمة أن هذا الخلاف فى الرجوع بالمغروم من أجرة المثل وما عساه ينقص من قيمة الشقص فأما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه اليه بلا خلاف * ولو أخذ الحاضر جميع الشقص ثم وجد به عيبا فرده فقدم الثانى وهو فى يد المشترى فله أخذ الكل (ومنها) مايستوفيه الاول من المنافع ويحصل له من الاجرة والثمن يسلم له فلا يزاحمه فيها الثانى والثالث على أصح الوجهين وكذا الثالث لا يزاحم الثانى فيما حصل له بعد المشاطرة كما أن الشفيع لايزاحم المشترى فيها ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما اذا أخذ الاول كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم فنصب قيما فى مال الغائبين فاقتسما وبني فيه أو غرس ثم رجع الغائبان هل لهما القلع (وأصح) الوجهين أنهما لا يقلعان كما أن الشفيع لايقلع بناء المشترى وغراسه مجانا وفى الثانى لهما القلع لانهما يستحقان مثل استحقاق الاول وبذلك السبب فليس له التصرف حتى يظهر حالهما بخلاف الشفيع مع المشترى ولو كان اثنان حاضرين فأخذا الشقص واقتسما مع القيم فى مال الغائب ثم قدم الغائب فله الاخذ وابطال القسمة وان عفا استمرت القسمة (ومنها) لو أخذ الاول والثانى كما صورنا ثم حضر الثالث وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما فى يده ولا يأخذ من الثانى شيئا فله ذلك كما يجوز للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الثانى (ومنها) لو أخذ الاول الكل وقدم الثانى وأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد هل له ذلك فيه وجهان (أحدهما) لايجوز له ذلك كما لايجوز للاول ان اقتصر على أخذ الثلث (وأظهرهما) نعم لان أخذه الثلث لايفرق الحق على الاول اذ الحق ثبت لهم اثلاثا وبأخذ الاول الثلث تفرق الصفقة على المشترى فان أخذ الثلث تفريعا على هذا

نظر (المسألة الثانية) وهى المرتبة الاخري * اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من اصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت. فقد عطف المزني هذه على مسألة القولين فاختلف الاصحاب فمنهم من قال البيع صحيح قولا واحدا كما ذكره المصنف حكما وتعليلا (١) ومنهم من قال هى على قولين كالمسألة الاولى وممن ذهب الى هذا أبو اسحق المروزى وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والروياني والشاشي قال الماوردي وجمهور أصحابنا وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الاول من الكبر والسمن بان زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسرا وما أشبه ذلك ليست بعين بمعنى انه لم يزد فى اطرافه ولا فى عدده والرطبة اذا طالت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الاولى سواء وحسن المصنف هذا الجواب بقوله ان تلك الزيادة لاحكم لها فلم يقل انها ليست بعين فانها عين قطعا ولهذا احتاج الاولون يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده لكنها وان كانت

(١) كذا بالأصل

الوجه أو أخذه بالتراضي وقدم الثالث نظر إن أخذ من الاول نصف مافى يده ولم يتعرض للثاني فلا كلام قاله فى التتمة وان أراد أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده فله ذلك لانه يقول مامن جزء إلا ولى ثلثه وان ترك الثانى حقه حيث لم يشاطر الاول فلا يلزمني أن أترك حقي ثم له أن يجيء الى الاول فيقول ضم ما معك الى ما أخذته لنقسمه لانا متساويا القدر والشقص والحالة هذه انما تصح قسمته من ثمانية عشر لانا نحتاج الى عدد له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة فى يد الثانى وستة فى يد الاول ثم ينتزع الثالث من يد الثانى واحداً و يضمه الى الستة فى يد الاول تكون سبعة يقتسمانها بينهما وسبعة لاتنقسم على اثنين فتضرب اثنين فى تسعة تبلغ ثمانية عشر وكان فى يد الثانى من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان نضربهما فى المضروب فى المسألة يكون له أربعة فهى حصته تبقى أربعة عشر يأخذ كل واحد من الاول والثالث منهما سبعة فاذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين هذا ما ذكره الاكثرون ونقلوه عن ابن سريج وحكي الامام عن القاضى حسين أنه لما ترك الثانى سدساً على الاول كان عافياً عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق فينبغى ان يسقط حق الثانى بالكلية و يكون الشقص بين الاول والثالث (ومنها) قال ابن الصباغ لو حضر اثنان وأخذا الشقص ثم حضر الثالث وأحدهما غائب فان قضى له القاضى على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث مافى يده لانه الذى يستحقه منه والثانى يأخذ نصف مافى يده لانه اذا غاب أحدهما فكان الحاضرين هما الشفيعان فيسوى بينهما ثم لو حضر الغائب وقد غاب الحاضر فان كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث مافى يده أخذ من هذا الذى قدم ثلث مافى يده أيضاً وان كان قد أخذ نصف مافى يده أخذ من القادم سدس مافي يده و يتم نصيبه بذلك

عينا فلا حكم لها بدليل انه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع أغصان ومما يدل على ذلك انه لو باع الرطبة وطولها ذراع فاجبر فى نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن فانه لوهزل فى يد البائع لم يسقط شى وقال القاضى أبو الطيب ان الزيادة فى الرطبة حدثت فى الأصول التى فى الارض فهى بمنزلة حدوث حمل آخر من الثمرة وقال الماوردى انها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزاً (واعلم) ان هاتين الطريقتين على ماذكره المصنف متفقتان على ان الزيادة التي حصلت فى الرطبة للبائع وليست للمشترى وكذلك قال القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ أبو حامد قبلهما والقاضى حسين وذكر الماوردى فى حكاية الطريقة الجازمة بالصحة ان الزيادة للمشترى لانها لاتتميز فان صح ذلك ففى المسألة ثلاث طرق وقال ابن أبي عصرون ان الاصح من قولى أحد الطريقين الانفساخ كما ذكره فى المسألتين السابقتين وقول المصنف فسخ أى يفسخه الحاكم كذلك صرح به الماوردى وقوله على القولين أى القولين فى

الشقص والمسألة تقسم من اثني عشر للحاجة الى عدد له نصف ولنصفه ثلث وسدس واذا كان الربع اثنا عشر فالكل ثمانية وأربعون (ومنها) ثبتت الشفعة الحاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة وان عفا أولا لانه الآن يأخذ بحق الارث وهذا جواب على اصح الاوجه فى عفو أحد الشريكين وهو أن للآخر أخذ الكل وساعده التفريع على أن العفو من بعض الشركاء لايصح (أما) إذا قلنا ان نصيب العافى يستقر على المشترى فلا يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف (وان قلنا) ان عفو أحدهما يسقط حق الآخر لم يأخذ شيأ *

قال ﴿ ومهما تعدد البائع أو المشترى جاز أخذ مضمون إحدى الصفقتين * وان اشترى في صفقة واحدة شقصين فى دارين شريكهما واحد ففى جواز أخذ أحدهما وجهان ﴾*

أصل الفصل أنه ليس الشفيع تفريق الصفقة على المشترى على مامر فى أثناء الكلام ولو اشترى اثنان شقصاً من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة لأنه لايفرق على واحد منهما ملكه وعن أبى حنيفة لايجوز إن كان ذلك قبل القبض وان تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقصاً من واحد فوجهان (أحدهما) أنه لايجوز أخذ حصة أحد البائعين لأن المشترى ملك الكل بصفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه وبهذا قال مالك (وأصحهما) ويحكى عن نصه فى القديم وبه أجاب المزنى أنه يجوز لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد كتعدد المشترى فصار كما لو ملكه بعقدين ولو باع اثنان من شركاء الدار نصيبهما بعقد واحد من رجلين والصفقة نازلة منزلة أربعة عقود تفريعاً على الاصح فى أن تعدد البائع كتعدد المشترى وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الجميع و بين أن يأخذ ثلاثة

اختلاط الثمرة المبيعة (واعلم) أن فى مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة يقال للبائع ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ البيع كما قال المصنف هناك ولا يقال للمشترى ان سمحت بحقك أقر العقد وفى مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة بالحادثة يقال لكل منهما ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق ان فى المسألتين الاولتين اذا ترك المشترى حقه فاز البائع بالعوض والمعوض •

﴿ فرع ﴾ باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان فى الخريف لايحتاج الى شرط القطع والا فيشرط القطع فان كان عليه نور فهو للمشترى والا فهو للبائع كما فى سائر الثمار ولا يدخل فى مطلق العقد الا بالشرط فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالاول بحيث لايتميز ففيه طريقان كما ذكرنا وهكذا فى البطيخ والقثاء ومافى معناها قاله القاضى حسين وقال الرويانى فى هذا الفرع ان باع الاصل مع الثمرة لابد من شرط القطع فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم فى كلام الامام مايخالفه وقال الخوارزمي ان باع الاصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع وان باع بعد خروج حملها فان باعها مع الحمل جاز مطلقا و إن باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع والحادث

أرباع المبيع وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر و بين أن يأخذ نصفه إما بأخذ نصيب أحدهما وترك الآخر أو بأخذ نصف نصيب واحد منهما و بين أن يأخذ ربعه بأخذ نصف نصيب أحدهما لاغير وان وكل وكيلين فى بيع شقص أو شرائه أو وكلا وكيلا فى بيع شقص أوشرائه فالاعتبار بالعاقد أو من له العقد فيه خلاف وقد ذكرناه فى تفريق الصفقة حتى لو كانت الدار لثلاثة شركاء توكل أحدهم لآخر ببيع نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك فليس للثالث اذا جعلنا الاعتبار بالعاقد إلا أخذ الكل أو ترك الكل فان جعلنا الاعتبار بالمعقود فله أن يأخذ حصة أحدهما كما لو باع كل منهما حصته بنفسه ولو كانت الدار لرجلين فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة فباع كذلك وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق مابقى له من النصف فله ذلك لأن الصفقة اشتملت على ما لاتثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه وعلى ماتثبت وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوبا وشقصاً بمائة وفيه وجه أنه كالصورة السابقة ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة فان كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع فى الاخرى فلكل واحد منهما أن يأخذ ماهو شريك فيه وافقه الآخر فى الأخذ أم لا وان كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان (أحدهما) ويروى عن أبي حنيفة أنه لايجوز لأن الصفقة متحدة (وأصحهما) الجواز لأنه لايفضى إلى تبعيض الشيء وذلك التبعيض هو الذى يوجب الضرر •

للمشتري ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكيته انه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع بخلاف النخل وكذلك قال الامام والغزالي قال ابن الرفعة وهو أفقه منه يعني من الامام والمنقول الاول يعني كلاما عن البندنيجي وغيره يقتضي انه يجوز مطلقا ﴿ فائدة ﴾ إن قلت ماوجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره فهي أشبه بالمسألة الاولى (قلت) الرتبتان الاولتان الاختلاط فيهما ظاهر اما اختلاط المبيع بغيره في الرتبة الاولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في الرتبة الثانية وفي هذه المرتبة القائل الاول يقول ليس فيها اختلاط وانما هو زيادة المبيع في نفسه ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكمالها ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أولا والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أولا فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه ثم لما فرغ منه ذكر مايقبل النزاع في كونه اختلاطا أولا لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في

﴿ الباب الثالث فيما يسقط به حق الشفعة ﴾

قال ﴿ وفيه ثلاثة أقوال (الأول) الجديد أنه على الفور (م)* قال ﷺ «الشفعة كحل العقال» (والثاني) أنه يبقى ثلاثة أيام (والثالث) أنه يتأبد فلا يبطل الا بابطال أو دلالة الابطال (و) ﴾*

لاشك أن حق الشفعة يعرض له السقوط ومقصود الباب بيان أنه بم يسقط وسبيل التدريج اليه أن قول الشافعي رضي الله عنه اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي (وأصح) القولين وهو المنصوص في الكتب الجديدة على الفور لما روى أنه ﷺ قال «الشفعة كحل العقال»[1] اى أنها تفوت إذا لم يبتدر اليها كالبعير الشرود يحل عنه العقال إن قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها* وأيضاً فانه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر فكان على الفور كالرد بالعيب (والثاني) أنه على التراخي وعلى هذا ففي تقدير مدته قولان (أظهرها) التقدير وفي ضبطها قولان (أظهرهما) أنها تمتد إلى ثلاثة أيام لأن الحكم بالفور يضر بالشفيع فانه قد يحتاج إلى تأمل ونظر والحكم بالتأبيد يضر بالمشترى لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف فلا بد من حد فاصل فجعلت الثلاثة حداً كما في خيار الشرط وغيره (والثاني) عن حكاية صاحب التقريب أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك

---

(١) ﴿ حديث ﴾ الشفعة كحل العقال ابن ماجه والبزار من حديث ابن عمر بلفظ لاشفعة لغائب ولا صغير والشفعة كحل العقال وإسناده ضعيف جداً وقال البزار في رواية محمد بن عبد الرحمن ابن البيلماني مناكير كثيرة وأورده ابن عدي في ترجمة محمد بن الحرث رواية عن ابن البيلماني وحكى تضعيفه وتضعيف شيخه وقال ابن حبان لا أصل له وقال أبو زرعة منكر وقال البيهقي ليس بثابت *

المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقي وانكار مافيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك وكذلك قلت في هذه المرتبة الاخرى ولم اقل الثالثة وذلك ان جماعة من محققي الاصحاب كأبي حامد والماوردي اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية * ولو اشترى وديا فكبر فانه للمشتري قولا واحدا لانها زيادة غير مميزة قاله ابن أبي هريرة وغيره وجعله القاضي حسين في تعليقه قاعدة عامة انه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرا فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وانواعه فيكون الكل للمشتري وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين وفي الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين في انفساخ العقد ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضي وانه ينبغي ان تكون للمشتري ولا خيار له لانه ملك أصلها كالثمرة ثم قال ورأيت للشيخ أبي المعالي انه ان كانت الشجرة مما لا يخاف فللمشتري كالصنوبر والنخل وان كان يخاف كالقت فقولان (قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع ان المشتري لا يملك أصوله وانها للبائع وقياس ذلك ان تكون الشجرة أيضاً كذلك وان تكون زيادتها كاختلاط المبيع

ذلك الشقص ويختلف باختلاف حال المأخوذ (والثاني) أنه لا تتقدر له مدة بل يتأبد لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير إذ الشقص له وان بنى فيه أو غرس فله قيمته إن أخذ الشفيع ومالا ضرر في تأخيره يتأبد كالقصاص فعلى هذا لو صرح بابطاله يبطل وفيما يدل على الابطال قولان (أظهرهما) البطلان وهو المذكور * ومما له دلالة الابطال قوله للمشتري بع الشقص ممن شئت أو هبه ولو قال بعه أو هبه مني أو قاسمني عليه فكذلك وفيه وجه أنه لا يبطل بقاء الشفعة لأنه قد يخاف الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له والمشتري إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعف أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ أو العفو وفيه قول أنه ليس له ذلك تنزيلا للشفيع منزلة مستحق القصاص * ويخرج من الترتيب عند الاختصار خمسة أقوال في كيفية ثبوت الشفعة أنها على الفور تمتد ثلاثة أيام ـ تمتد مدة تسع للتأمل ـ تتأبد إلى التصريح بالابطال ـ تتأبد إلى أن يصرح بالابطال أو يأتي بما يدل عليه * وعند أبي حنيفة وأحمد أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة وعند مالك تمتد سنة في رواية ومدة يغلب على الظن فيها الاسقاط والترك في أخرى *

قال ﴿ والصحيح أنه على الفور وأنه يسقط بكل مايعد تقصيراً أو توانياً في الطلب * فاذا بلغه الخبر فلينهض عن مكانه طالباً * فان كان ممنوعا بمرض أو حبس في باطل فليوكل * فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه (و) وان لم يكن في التوكيل مؤنة ومنة ثقيلة * فان لم يجد الوكيل

بغيره فيجرى القولان كما اقتضاه باقى الفتاوي والذي قاله في التعليقة وقال ابن أبى هريرة محمول على ماذا باع مطلقا فانه فيما لايستخاف لايحتاج الي شرط القطع وتكون أصوله للمشترى ﴿ فائدة ﴾ هذه المسألة تنبهك على ان المشترى اذا اشترى جذة من الرطبة لايملك منها الا الظاهر على وجه الارض وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى ان الجذة المراد بها الظاهر على الارض أوماجرت العادة بجذه وهذا الوجه لايجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قدعين فى فرض هذه المسألة انه لايملك شيئا من الباطن *

* ﴿ فرع الزروع التى تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتي زاد قال صاحب التتمة فالزيادة للبائع والحكم على ماذكرنا يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال حتى لوتسنبل تكون السنابل للبائع اللهم الا ان يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزيادة له لأنه ملك أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة هكذ قال صاحب التتمة (فاما) قوله الزيادة للبائع والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الامام انها للمشترى بالاتفاق (واما) قوله حتى لوتسنبل تكون السنابل للبائع ففيه نظر لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه بل هى منها

فليشهد * فان ترك الاشهاد ففى بطلان حقه قولان * وان كان المشترى غائبا ولم يجد فى الحال رفقة وثيقة لايبطل حقه * وان كان فى حمام أو على طعام أو فى صلاة نافلة لم يلزمه * (و) قطعها على خلاف العادة ﴾*

إنما أعاد ذكر الفور فقال والصحيح أنه على الفور لأنه أراد التفريع عليه (واعلم) أنا إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع (أما) إذا لم يعلم حتى مضت سنون فهو على حقه * ثم إذا علم فلا يكلف ابتداراً على خلاف العادة بالعدو بقوة بل يرجع فيه إلى العرف فما يعد تقصيراً أو توانياً فى الطلب يسقط الشفعة ومالا يعد تقصيراً لاقتران عذر به لايسقطها والأعذار ضربان (أحدهما) مالا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة فينبغى المريض أن يوكل إن قدر عليه وان لم يفعل فثلاثة أوجه (أصحها) بطلان الشفعة كما لو أمكنه الطلب بنفسه فقصر (والثاني) و به قال أبو على الطبرى لايبطل لأنه يلزمه فى التوكيل منة أو مؤنة (والثالث) إن لم يلزمه فيه منة ولا مؤنة ثقيلة يبطل حقه وان لزمه أحدهما لم يبطل * وان لم يمكنه التوكيل فليشهد على الطلب فان لم يشهد فقولان أووجهان (أظهرهما) أنه يبطل حقه لأن السكوت مع التمكن من الاشهاد مشعر بالرضا (والثانى) لايبطل وانما الاشهاد لاثبات الطلب عند الحاجة وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد * والخوف من العدو كالمرض وكذا الحبس إن كان ظلماً أو بدين هو معسر به وعاجز عن بينة الاعسار فان حبس بحق فان كان مليئاً فهو غير

على رأيه وجعلها للمشترى أقرب (وأما) قوله اللهم الى آخره فهكذا وجدته فى النسخة .والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام وعلي هذا يصح فانه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الاصول ملكه فكلما حدث منه كان للمشترى لانه زيادة ملكه والله أعلم * وقد صرح صاحب التهذيب بانه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى ازداد يكون ماحدث للمشتري لانه ملك أصله وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى وغيرهما انه لايجوز الا بشرط القطع قال صاحب التتمة أو القلع وقال صاحب التتمة الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض اواستعار ولم تبلغ الاصول فما يحدث يكون ملكا له لأنه فرع أصل مملوك وهذا من صاحب التتمة بناء على ماذكره فى الفرع المتقدم انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لايملك أصوله وقد تقدم عن الاصحاب ان الطريق الى ملك مايحدث من البطيخ أن يشترى الأصول بشرط القطع ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع وهذا الذى قاله المتولى ينبه على انه لايفيد اشتراط القطع بل لابد من اشتراط القلع وينبغي ان يكون ذلك مجزوما به لان البطيخ مما يستخلف والله أعلم *ولو باع أصول النبات

معذور بل عليه الاداء والخروج * ومن هذا الضرب الغيبة فاذا كان المشترى فى بلدة والشفيع فى غيرها فعلي الشفيع أن يخرج طالبا كما بلغه الخبر أو يبعث وكيلا إلا أن يكون الطريق مخوفا فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة وثيقة يصحبها هو أو وكيله أو يزول الحر المفرط أو البرد المفرط فاذا أخر لذلك أو لم يمكنه المسير بنفسه ولا وجد وكيلا فليشهد على الطلب فان لم يشهد ففى بطلان حقه الخلاف السابق وأجري ذلك فى وجوب الاشهاد إذا سار فى الحال والظاهر ههنا أنه لايجب ولا تبطل الشفعة بتركه كالو أنفذ وكيلا ولم يشهد يكتفى فيه بذلك وليطرد فيما إذا كان حاضراً فى البلد فخرج اليه أو الى مجلس الحكم كما سبق فى الرد بالعيب (والضرب الثانى) ماينتظر زواله عن قريب بأن كان مشغولا بطعام أو صلاة أو قضاء حاجة أو فى حمام فله الاتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود وفيه وجه أن عليه قطعها حتى الصلاة اذا كانت نافلة ولو دخل وقت الأكل والصلاة أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها فاذا فرغ طالب بالشفعة ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على أقل مايجزىء * ولو رفع الشفيع الأمر الى الحاكم وترك مطالبة المشترى مع حضوره جاز وقد ذكرناه فى الرد بالعيب *ولو أشهد على الطلب ولم يراجع المشترى والحاكم لم يكلف خلافا لأبى حنيفة *وان كان المشترى غائبا فالقياس أن يرفع الأمر الى الحاكم ويأخذ كما ذكرنا هناك واذا ألزمناه الاشهاد ولم يقدر عليه فهل يؤمر أن يقول تملكت الشقص فيه وجهان من نظائرها فى الرد بالعيب *واذا تلاقيا فى غير بلد الشقص فأخر الشفيع الى العود اليه بطل حقه لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشقص (وقوله)

مطلقا قال المتولى لا يدخل البطيخ الا بالتنصيص لانها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول بخلاف الثمرة التي لم تظهر تتبع الشجرة لأن الشجرة أصل مقصود والثماء تبع له فجعل مالم يظهر من الثماء تبعا له واما هنا أصل النبت ليس بمقصود وانما المقصود الثمار فلا يجعل المقصود تبعا *

﴿ فرع ﴾ قال الشافعي رضى الله تعالى عنه ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أولا يستخلف ثم قال فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة فالبائع بالخيار فى ترك القصيل أو نقض البيع فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة من ان الزيادة فى الزرع الذى لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام قال صاحب التهذيب انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أوورق الفرصاد فى أول خروجه بشرط القطع فى ذلك كله فلم يقطع حتى زاد ففى انفساخ البيع قولان كالقت قال وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد بين مقاطعها فما يحدث من الاوراق فوق المقطع والطول يكون للمشترى وفى القت والكراث انما ينفسخ لان ما يحدث من أصله الذى لم يبع غير متميز عما باع لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة *

فى الكتاب فاذا بلغه الخبر أى خبر من يعتمد قوله فلينهض عن مكانه طالبا أى إما بنفسه أو بنائبه (وقوله) فان لم يوكل مع القدرة بطل حقه معلم ــ بالواو ــ وكذا قوله لم يلزمه قطعاً *

قال ﴿ ولو أخبر ثم قال لم أصدق المخبر فان أخبره من تقبل شهادته بطل حقه * وان أخبره من لا تقبل روايته كفاسق وصبي فلا يبطل * وان أخبره عدل واحد أو عبد يقبل روايته فالأظهر (و) أنه يبطل حقه * وان كذب المخبر فى مقدار الثمن * أو تعيين المشترى * أو جنس (و ح) الثمن * أو قدر المبيع فترك المبيع لم يبطل حقه لأن له غرضاً * وان أخبر بأن الثمن الف فاذا هو الفان لم يكن له الرجوع إذ لا غرض فيه واذا لقى المشترى فقال السلام عليكم لم يبطل حقه * ولو قال بكم اشتريت ففيه تردد * وكذا فى قوله بارك الله لك فى صفقة يمينك * ولو قال اشتريت رخيصاً وأنا طالب بطل حقه لأنه فضول من غير غرض ﴾ *

الفصل يشتمل على صور (إحداها) إذا أخر الطالب ثم قال انما أخرت لأنى لم أصدق المخبر نظر أن أخبره عدلان يبطل حقه لأن شهادتهما مقبولة فكان من حقه أن يعتمد قولهما ويثق به وكذا لو أخبره رجل وامرأتان * وإن أخبره من لا تقبل روايته كالكافر والفاسق والصبى لم يبطل حقه وان أخبره عدل واحد حر أو عبد فوجهان (أحدهما) لا يبطل حقه لأن الحجة لا تقوم بالواحد وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره فى التتمة (وأظهرهما) البطلان لأنه اخبار واخبارهم مقبول وفى النهاية أنهم ألحقوا العبد

﴿ فرع ﴾ فى زيادات أبي عاصم العبادى اذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع وان اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع فى قول لأنه اختلط المبيع بغيره *

﴿ فرع ﴾ مالا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى فى خرابزه ذكره ابن خيران فى اللطيف * قال المصنف رحمه الله تعالى *

﴿وان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالبيع باطل وقال الربيع فيه قول آخر أن البيع يصح ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح فى أحد القولين والصحيح هو الأول لأنه باع مالا يقدر على تسليمه لأن العادة فيها الترك فاذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم ﴾*

﴿ الشرح ﴾ ضبط فى الاستقصاء حملين - بفتح الحاء - قال فى الاستقصاء وقال غيره الحمل بالفتح ما كان فى بطن أوعلى رأس شجرة و بالكسر ما كان على رأس أوظهر وحمل الشجرة مرتين

بالفاسق لأنه ليس من أهل الشهادة والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجيء فيها الوجهان * وقطع بعضهم بأن اخبارها لا يبطل حقه وعلى هذا فلو أخبره نسوة قال أبوسعيد المتولى ينبني على أن المدعى اذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما (ان قلنا) لا فاخبارهن كاخبار المرأة الواحدة (وان قلنا) نعم فكالعدل الواحد وهذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لايحتمل التواطؤ على الكذب فان بلغه وأخر بطل حقه وان كانوا فساقا (الثانية) لو كذبه المخبر فزاد فى قدر الثمن بأن قال باع الشريك نصيبه بألف فعفا الشفيع أو توانى ثم بان أن البيع بخمسمائة لم يبطل حقه ولو كذب بالنقصان فقال باع بالف فعفا ثم بان انه باع بالفين بطل حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بألف فبألفين أولى ولو كذب في تعيين المشترى بأن قال باعه من زيد ثم بان أنه باعها من غيره أو قال المشترى اشتريت لنفسى ثم بان أنه كان وكيلا أوفى جنس الثمن بأن قال باع بالدراهم فبان أنه باع بالدنانير أوفى نوعه بأن قال باع بالنيسابورية فبان أنه باع بالمروية أو فى قدر المبيع بأن قال باع كل نصيبه فبان أنه بعضه أو بالعكس لم يبطل حقه لأنه ربما يرضى بتركه لزيد دون غيره وقد يجد الدنانير دون الدراهم أو يرغب فى الكل دون البعض و بالعكس وكذا لوقال باعه من فلان فعفا ثم بان أنه باع من غيره أوقال باعه من رجلين فبان أنه باعه من أحدهما أوقال باعه بكذا حالا فبان أنه باعه مؤجلا أوقال باع بكذا الى شهر فبان أنه باع الى شهرين لا يبطل حقه ولو قال باعه بكذا مؤجلا فعفا ثم بان أنه باعه حالا يبطل حقه لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده وكذا لو قال باع كله بألف فعفا ثم بان أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه لأنه إذا لم يرغب فى الكل بألف ففي البعض أولى وعند

يقال ان ذلك فى التين واللوز والرانج والاترج تحمل حملين وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين ان مامضى من الكلام فى اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالبا أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشترى فلم يتفق حتى وقع الاختلاط اما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا وهو الصحيح المشهور المنصوص فى الأم نص عليه فى باب ثمر الحائط يباع أصله قال الربيع هناك وللشافعى فى مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط ان يسلم مازاد من الثمرة التى اختلطت بثمرة المشترى صح قال المحاملى وهذا ليس بمنصوص وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة فلم يجذه المشترى حتى حدثت أعيان أخرفان الشافعى نص فى تلك المسألة على قولين فخرج الربيع قولا آخر فى هذه المسألة بناء على تلك قال المحاملى وغلط فى هذا والمذهب ان البيع يبطل قولا واحدا والفرق ان الرطبة انما تباع على شرط القطع فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ورىما لم يحدث فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة والعقد يقتضى تبقيتها الى وقت الجذاذ فاذا

أبي حنيفة إذا أخبر عن البيع بالدراهم فعفا ثم بان أن البيع بالدنانير أو بالعكس ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفعته و به أجاب الامام فيجوز أن يعلم لذلك قوله أو جنس الثمن ـ بالحاء والواو ـ (الثالثة) لقى المشتري فقال السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه لأن السنة السلام قبل الكلام قال الامام ومن غلا فى اشتراط قطع ماهو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لايبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام * وفيما إذا قال عند لقاء المشتري بكم اشتريت وجهان ذكر العراقيون أنه يبطل حقه وقالوا من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث (والأصح المنع) لأنه إن لم يعلم قدر الثمن فلا بد من البحث عنه وان علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشترى كيلا ينازعه فى الثمن وحكى الامام وجهين أيضاً فيما إذا قال بارك الله فى صفقة يمينك عن قياس طريق المراوزة أنه يبطل حقه لأن الدعاء يشعر بتقرير الشقص فى يده فلا ينتظر الطلب عقيبه (وأصحهما) وهو الذى أورده المعظم أنه لا يبطل لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة ولو قال اشتريت رخيصاً وما أشبهه ثم أعقبه بالطلب بطل حقه لأنه فضول لاغرض فيه ولو أخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أوغيبة وأنكر المشترى فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذى يدعيه والا فالمصدق المشترى * ولو قال لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور فهو كما فى الرد بالعيب *

قال ﴿ ولو باع ملك نفسه مع العلم بالشفعة بطل حقه * فان لم يعلم فقولان من حيث أنه انقطع الضرر * وان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح * ثم إن كان جاهلا ففى بطلان شفعته خلاف ﴾ *

علم اختلاطها في تلك الحالة فقد وقع العقد على مايعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم انتهى وشبهوه بشراء العبد الآبق وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد ورد ماقاله الربيع قالوا وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع فلا يبطل البيع وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين قال وذكر العراقيون قولا بعيدا أن البيع موقوف فان سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقد وان لم يسمح تبينا ان العقد غير منعقد في أصله وهذا قول مزيف لا أصل له وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقا فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد وما اراهم يقولون ذلك واراد الامام بالقول الذى نقله العراقيون ماذكره المصنف عن الربيع لكن ليس في كلامهم الذى رأيته ان ذلك من باب وقف العقود بل صرح المحاملي في حكاية

في هذه البقية مسألتان (الأولى) إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب عالماً بثبوت الشفعة له بطل حقه (أما) إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر (وأما) إذا جعلناها على التراخي فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة والمقاسمة وانما يلزم ذلك من الشركة فاذا باع نصيب نفسه فقد أزال سبب الشفعة ولو باع بعض نصيبه حكي الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين (أحدهما) أن شفعته لاتبطل لأنه لو لم يملك إلاذلك القدر ابتداء له الشفعة (والثاني) تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه فاذا باع بعضه بطل بقدره واذا بطل البعض بطل الكل كما لو عفا عن بعض الشقص المشفوع وهذا أظهر على ماذكره الامام وغيره هذا إذا كان عالماً (أما) إذا باع نصيبه جاهلا بالشفعة قال أكثرهم فيه وجهان وقال صاحب الكتاب قولان (أحدهما) أنه على شفعته لأنه كان شريكا يوم البيع ولم يرض بسقوط حق الشفعة (وأشبههما) أنها تبطل لزوال سبب الشفعة ولهذا لو زال عيب المبيع قبل

﴿ حديث ﴾ لاشفعة إلا في ربع أو حائط البزار من حديث جابر بسند جيد والبيهقي من حديث أبي حنيفة عن عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً لاشفعة إلا في دار أو عقار ✫

﴿ قوله ﴾ روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها ويروى الشفعة كنشط عقال إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا اسناد وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ الشفعة كحل العقال فان قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه ذكره عبد الحق في الاحكام عنه وتعقبه ابن القطان بانه لم يره في المحلى وأخرج عبد الرزاق من قول شريح إنما الشفعة لمن واثبها وذكره قاسم بن ثابت في دلائله ✫

﴿ قوله ﴾ السلام قبل الكلام الترمذي من حديث جابر وقال إنه منكر وحكم عليه ابن الجوزي بالوضع وذكره ابن عدي في ترجمة حفص بن عمر الايلي وهو متروك بلفظ السلام قبل السؤال من بدأكم بالسؤال قبل فلا تجيبوه ✫

هذا القول انه يقال للبائع اسمح بترك حقك فان سمح والا فسخ العقد ولكن عبارة الربيع فى الأم التى حكيت بعضها فى صدر كلامي محتملة لما قاله الامام والاولى ان يترك على ماقاله المحاملى وحينئذ لايكون من وقف العقود ولا يتبين انعقاد العقد أوعدم انعقاده واما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق ان الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ولا كذلك الآبق لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملى والمصنف فان الرطبة لاجل شرط القطع يمكن تسليمها وههنا الابقاء بعد بدو الصلاح مستحق فلا يمكن التسليم وكونه تسليمه بتسليم الجميع لايكفى لان شرط العقد القدرة علي التسليم الذى لو امتنع منه أجبر عليه وهو لايجبر على تسليم الجميع وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالى اذقالا أن الاختلاط بعد التخلية لايوجب الانفساخ ان يقولا بالصحة ههنا فان التسليم ممكن بالتخلية وللبائع اجبار المشترى عليها اذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأى كما يكون ذلك فى المنقول

التمكن من الرد سقط حق الرد ولو باع بعض نصيبه جاهلا أطلق فى التهذيب أن شفعته لاتبطل والوجه أن يكون على الخلاف السابق اذا فرعنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفعته (الثانية) لوصالح على حق الشفعة علي مال فهو على ماذكرناه فى الصلح عن الرد بالعيب واختار أبو اسحق المروزى صحته ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص فيصح الصلح برضى المشترى بالتبعيض أو يبطل وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل وترك الكل أو تبطل شفعته أصلا تنزيلا لترك البعض منزلة ترك الكل نقلوا فيه ثلاثة أقوال وقد فرغنا بتوفيق الله تعالى من شرح مسائل الكتاب ونزيده بفصلين (أحدهما) فى الحيل الدافعة للشفعة (منها) أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذى يتراضيان عليه بدلا عن الدراهم أو يحط عن المشترى مايزيد عليه فلا يرغب الشفيع فى الشفعة لحاجته الى الاخذ بالدراهم المسماة وفيها غرر لان البائع قد لايرضى بالعرض عوضاً أو لايحط (ومنها) قال ابن سريج يشترى أولا بائع الشقص عرضاً يساوى ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه وفيها غرر لان البائع قد لايرضى به (ومنها) أن يبيع جزءاً من الشقص بالثمن كله ويهب منه الباقي فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبن ولايتمكن من أخذ الموهوب وفيها غرر ظاهر (ومنها) أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ويقبضه البائع وينفقه أو يخلط بغيره فتندفع الشفعة وفيه خلاف ابن سريج على ماتقدم (ومنها) إذا وقف المشترى الشقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأى أبى إسحق (ومنها) لو باع بعض الشقص ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً فى أحد الوجهين فيندفع أخذ الجميع (ومنها) لو وكل الشريك شريكه بالبيع فباع لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين وقد سلف ذكر هذه المسائل •

وحينئذ تساوى مسألة الرطبة نعم لو كان التسليم لايمكن فى حل الا مع الأختلاط لم يصح ذلك وذلك فى جمة البئر اذا أفردت بالبيع وقلنا الماء يملك وأورد صاحب الوافى أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها فينبغى أن يجب القطع لعذر التنفى لى ابطال البيع فيصح نقل الربيع (قلت) وايجاب القطع بدون شرطه بعيد لأن المشترى لم يلتزمه ولا هو مقتضى العقد والله أعلم * وحقيقة الخلاف فى هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع أولا والجمهور على أن المتوقع كالواقع ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه اذا قلنا لو أحبلها صارت أم ولد له وشاهده من السنة نهيه ﷺ «عن بيع الثمرة حتى تزهى» وأورد ابن الرفعة على الامام أيضاً فى الزامهم العراقيين طرده ذلك فى العبد الآبق أنه ابدى فى كتاب اللقيط احتمالا فى جواز بيع العبد الآبق المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق وعدم اجزاء عتقه

﴿ فرع ﴾ عند أبي يوسف لايكره دفع الشفيع بالحيلة إذ ليس فيها تفويت حق على الغير لأن الحق إنما يثبت بعد البيع وعند محمد يكره لما فيها من إيقاع الشفيع فى الضرر مع حقه من الثبوت وهذا أشبه بمذهبنا فى الحيلة فى دفع الزكاة وهما يختلفان في الزكاة (الفصل الثانى) فى مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمناه ونوردها منثورة فنقول للمفلس العفو عن الشفعة والأخذ والاعتراض عليه للغرماء وينبغى أن يعود في أخذه الخلاف المذكور فى شرائه في الذمة ثم الكلام فى أنه لم يؤد الثمن على ما ذكرناه في التفليس ولو وهب من عبده وقلنا انه يملك فبيع باقيه قال الشيخ أبو محمد تثبت له الشفعة وهل يفتقر إلى إذن جديد من السيد فيه وجهان ولعامل القراض الاخذ بالشفعة فان لم يأخذ فللمالك الاخذ ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار فيه شركة لرب المال ففى ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج (أصحهما) المنع ووجه الثانى أن مال القراض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه كما ثبت له على عبده المرهون حق الجناية وان كان العامل شريكا فيه فله الأخذ إن لم يكن فى المال ربح أو كان وقلنا انه لايملك بالظهور وان قلنا انه يملك فعلى الوجهين فى المالك ولو كان الشقص فى يد البائع فقال الشفيع لا أقبضه إلا من المشترى فيه وجهان عن ابن سريج (أحدهما) له ذلك ويكلف الحاكم المشترى أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع وان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه فى الطرفين (والثانى) أنه لايكلف ذلك بل يأخذه الشفيع من يد البائع وسواء أخذ من المشترى أو من البائع فعهدة الشفيع على المشترى فان الملك ينتقل اليه منه وقال أبو حنيفة ان أخذه من يد المشترى فالعهدة على المشترى وان أخذه من يد البائع فالعهدة عليه ولو اشترى شقصا بشرط البراءة من العيوب فان أبطلنا البيع فذاك وان صححناه وأبطلنا الشرط فكما لو اشترى مطلقا فان صححنا الشرط فللشفيع رده بالعيب على المشتري وليس للمشترى

عن الكفارة ظاهر ثم قال ومما يجب ذكره أنا اذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع و إن كان يلتفت على الوقف ولكن اذا بان الامر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه وكان في المعاملات يضاهي صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه *

﴿ فرع ﴾ اذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم انه يحدث الحمل الآخر و يختلط به فاطلق الرافعي وغيره ان البيع باطل الا بشرط القطع وقال انه يجيء فيه الخلاف يعني خلاف الربيع ولم يذكر أنه علي طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع احد الحملين فالمشهور البطلان الا بشرط القطع والله أعلم * (١) اذا باع شجرة واستثني ثمرتها التى لم تؤبر

الرد كما لو كان المشتري عالما بعيبه عند الشراء والشفيع جاهلا به عند الأخذ وان علم الشفيع العيب دون المشترى فلا رد للشفيع وليس للمشترى طلب الأرش لأنه استدراك للظلامة أو لأنه لم ييئس من الرد فلو رجع اليه ببيع أوغيره لم يرده على العلة الأولى و يرده على الثانية ولو قال أحد الشريكين للآخر بع نصيبك فقد عفوت عن الشفعة فباع ثبتت له الشفعة ولغا العفو قبل ثبوت الحق وعن تفريع ابن سريج عن الجامع الكبير لمحمد أنه اذا باع شقصا فضمن الشفيع العهدة للمشترى لم تسقط بذلك شفعته وكذلك اذا شرط الخيار للشفيع وصححنا شرط الخيار للأجنبي ولو كان بين أربعة دار فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة فشهد اثنان منهم علي الثالث بالعفو ثبتت شهادتهما ان شهدا بعد ماعفوا وان شهدا قبله لم تقبل لأنهما يجران الشقص الى أنفسهما فلو عفوا ثم أعادوا بتلك الشهادة لم تقبل أيضا للتهمة وان شهدا بعد ماعفا أحدهما قبلت شهادة العافي دون الاخر فيحلف المشتري مع العافى ويثبت العفو ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الافلاس وان كان بعد القبض فوجهان لانه ربما يتوقع الرجوع الى العين بسبب من الاسباب ولو أقام المشترى على عفو الشفيع بينة وأقام المشترى بينة على أنه أخذ بالشفعة والشقص في يده فبينة الشفيع أولى لتقويها باليد أو بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو فيه وجهان (أظهرهما) الثاني ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لمكاتبه فعن الشيخ أبي محمد قبول شهادته قال الامام كأنه أراد أن يشهد للمشتري اذا ادعى الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعا اما شهادته للمكاتب فانها لاتقبل بحال ولو كان الشفيع صبيا فعلى وليه الاخذ ان كان فيه مصلحة والالم يجز الأخذ واذا ترك بالمصلحة ثم بلغ الصبي فهل له الأخذ فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر ولو كان بين اثنين دار فمات احدهما عن حمل في البطن ثم باع الاخر نصيبه فلا شفعة للحمل لأنه لايتيقن وجوده فان كان له وارث غير الحمل فله الشفعة واذا انفصل حيا فليس

(١) بياض بالاصل فحرر

فانه لايشترط شرط القطع علي الصحيح (١) واذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لايشترط قطعها جزما (٢) واذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك علي المذهب (٣) ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز الا بشرط القطع (٤) ولو باع الارض وفيها رطبة تبقى للبائع و يعلم اختلاطها بغيرها فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا وظهر لك بجميع هذه المسائل ان اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا أما لو كان غالبا فمقتضى ماتقرر بطلانه كما اذا باع

(من ١ إلى ٤) بياض بالأصل فليحرر

لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه فهل لأبيه أوجده الأخذ قبل انفصاله فيه وجهان (وجه المنع) و به قال ابن سريج انه لايتيقن وجوده فاذا أخذ الشفيع و بني فيه أو غرس وخرج مستحقا وقلع المستحق بناءه وغراسه فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشترى من الثمن وما ينقص قيمة البناء والغراس وغيرهما كالقول فى رجوع المشترى من الغاصب عليه قال الامام وان نظرنا الى ان الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التغرير ولاتغرير من المشترى بل الشقص مأخوذ عنه قهرا فيجوز ان يجاب عنه بأنه مختار فى الشراء والأخذ بالشفعة موجب للشراء ولو مات رجل وله شقص من دار وعليه ديون تستغرق التركة فباع الشريك الآخر نصيبه قبل ان يباع الشقص فى الدين قال ابن الحداد للورثة أخذه بالشفعة وهو جواب على ان الدين لايمنع انتقال الملك فى التركة الى الورثة وهو الاصح (فان قلنا) يمنع فلا شفعة لهم ولو خلف دارا وديونا لاتستغرق قيمة الدار فبيع منها مايفي بالدين قال ابن الحداد لا شفعة للورثة فيما بيع بما بقى لهم فى الملك وهذا مستمر على الأصل السابق فانهم اذا ملكوا الدار كان المبيع جزأ من ملكهم ومن بيع جزء من ملكه بحق لم يكن له استرجاعه بالباقى (فان قلنا) انه يمنع فمنع الملك فى قدر الدين أم فى جميع التركة فيه خلاف مذكور فى موضعه (ان قلنا) بالثانى فلا شفعة لهم أيضاً لانهم انما يملكون الباقى بأداء الدين وانما تثبت الشفعة بملك يتقدم على البيع (وان قلنا) بالاول ثبتت لهم الشفعة ولو كانت الدار المشتركة بين المورث والورثة ثم انه مات فبيع نصيبه أو بعضه فى ديونه وصاياه قال ابن الحداد لهم الشفعة وهذا يخالف الأصل الذى سبق فانهم اذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم فيكون المبيع جزأ من ملكهم واختلف من بعده فمنهم من أخذ به وقال مايباع فى ديونه ووصاياه بمثابة مايبيعه بنفسه ولو باعه فى حياته بنفسه كان لهم الشفعة وكذلك ههنا والأكثرون خالفوه وجروا على قضية ذلك الأصل ثم منهم من خطأه وقال انما ينتظم

ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع فانها ليست بمبيعة لأنا نقول ان هذا المعني هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها وقد أبطله الاصحاب هناك ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناها البائع اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه فحدث طلع آخر فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر فيجرى فيه الوجهان فى أن الطالع يكون للبائع أو للمشترى أو نقول هنا ان الطلع الحادث للمشترى قولا واحدا لان الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط فلا يستتبع الطلب الحادث لم أر فى ذلك نقلا (فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعاً للثمرة فلا كلام (وان قلنا) للمشترى وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها

هذا الجواب على ان الدين لايمنع ملكهم فيستحقون الشفعة بالملك القديم وعن الشيخ أبى زيد حمل كلامه على ما اذا باع بنفسه فى مرض موته ومن مولدات ابن الحداد دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها ونصفها بين الآخرين بالسوية فاشترى صاحب النصف نصيب احد الآخرين ثم باع ثلث ما معه مطلقا من أجنبي والشريك الثالث غائب مثلا فاعلم ان الشفيع فى المبيع الثانى هو الشريك الثالث لاغير وأما فى الأول فيتعلق النظر باصلين أحدهما الخلاف الذى سبق فى ان المشترى اذا كان أحد الشركاء تكون الشفعة بينه و بين الشريك الآخر أو يختص بها الشريك الآخر (والثانى) عود القولين فى ان الشفعة على عدد الرؤس أو الحصص اذا حكمنا بالشركة اذا عرفت ذلك فاذا قدم الغائب وفرعنا على قسمه بينه و بين المشترى وهو الاصح نظرنا ان طلب الشفعة فى العقد الاول فله مما اشتراه الشريك على قولنا بالتوزيع على عدد الرؤس النصف وهو ثمن جميع الدار وذلك شائع فيما معه وهو ثلاثة أرباع الدار فاذا باع ثلث ما معه كان بائعا ثلث حق الشفيع ولا ينصرف الى الشريك ما يستقر ملكه فيه لان الكل قابل للبيع فيأخذ القادم من المشترى ثلثى الثمن ومن المشترى منه ثلث الثمن فيتم له ما استحقه بالعقد الاول (وان قلنا) بالتوزيع علي الحصص فله مما اشتراه الشريك الثلث لان ملكه قدر نصف ملك الشريك وحينئذ فله نصف سدس الدار فيأخذ من الشريك ثلثى نصف السدس ومن المشترى منه ثلثه لما ذكرنا من الشيوع فعلى القول الاول يخرج الحساب من أربعة وعشرين لان نصيب الغائب سدس ما معه وهو الثلاثة ارباع الدر فيحتاج الى عدد لثلاثة ارباعه سدس فتضرب اربعة فى ستة تكون اربعة وعشرين وعلى الثانى من ستة وثلاثين لان نصيب الغائب تسع ما معه فيحتاج الى عدد لثلاثة أرباعه تسع فتضرب أربعة فى تسعة يكون ستة وثلاثين والربع الذى اشتراه الشريك على التقدير الاول ستة وعلى الثانى تسعة ثم اذا أخذ ذلك فله أن يأخذ ما بقى من يد المشترى بالعقد الثانى وله ان يعفو فيكون للمشترى الخيار بين

بغيرها وقياس المذهب فيها البطلان ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها اشترط القطع لأنه كالزرع ثم ان لم يتفق القطع حتي خرج شيء آخر فالخارج والموجود كله للمشترى وهذا هو الوجه فى تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشترى وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الارض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة ولا يملك صاحب الارض مطالبته بالقطع قاله الروياني وغيره *

ان يفسخ لتفرق الصفقة عليه و بين أن يختر بحصته من الثمن اما اذا فرعنا على ان المشترى اذا كان شريكا لاشفعة له بل يختص بها الشريك الآخر و به قال ابن سريج فان الغائب اذا كان يأخذ جميع مااشتراه الشريك لو لم يكن بيع ثان فاذا باع ثلث مافى يده فقد باع من حق الغائب الثلث فاذا قدم أخذ ثلث الربع من المشترى وثلثيه من الشريك فيتم له ما استحق بالبيع الاول ثم له أن ياخذ مافى يد المشترى بالعقد الثانى وله ان يعفو عن الاول و يأخذ جميع الربع من يد المشترى وهذا كله فيما اذا باع ثلث مافى يده مطلقا أما اذا قال بعت ربع الذى اشتريت فليس للغائب أن يأخذ غير مافى يد المشترى من الشريك لكنه إن عفا عن شفعة البيع الاول أخذ جميع الربع بالبيع الثانى وان أراد الاخذ بالبيع الأول فسخ البيع فى نصف الربع علي قول التوزيع على الرؤس وثلثه على القول المقابل له ثم له أخذ الباقى بالبيع الثانى ولو قال بعت الدار من جملة النصف الذى كنت أملكه قديما فللغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثانى وأن يأخذ بالعقد الأول مما فى يد الشريك نصف الربع أو ثلثه على اختلاف القولين *

بعون الله تعالى قد تم طبع الجزء الحادى عشر من (تكملة المجموع) شرح المهذب للامام السبكى رضى الله عنه ومعه الشرح الكبير الرافعى فى ليلة ٢٧ رجب الفرد من سنة تسع وأربعين وثلثمائة وألف هجرية وهى ليلة المعراج المباركة من هذا العام على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين : وذلك (بمطبعة التضامن الأخوى) لصاحبها (حافظ محمد داود) الكائن مركزها بشارع كفر الزغارى عطفة الشماع رقم ٨ بالحسين بمصر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله من
المجموع قول المصنف رحمه الله باب بيع المصراة والرد بالعيب
ومن كتاب الشرح الكبير للرافعى وكتاب
التلخيص الحبير للعسقلانى ابن حجر
(كتاب القراض) والله
ولى التوفيق
م

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع (شرح المهذب) للامام السبكى رضى الله عنه ﴾

﴿ تمت فهرست المجموع ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز)
الرافعي والتلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ﴾

﴿ تمت فهرست الشرح الكبير الرافعي والتلخيص الحبير للعسقلانى ﴾

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من تكملة المجموع (شرح المهذب) للامام السبكى رضى الله عنه ﴾

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٨	٤	نعيربها	نعيرها
١٣	٨	الأول	الأولى
١٦	٦	التساوى	التساوى
١٧	١٣	ولا حرمها	ولا أحرمها
١٨	٨	نصفه	بصفة
٢١	٥	الحرق	الخرق
٢٥	٧	أن	أوان
٢٢	١٨	غيرهما	وغيرهما
٢٤	١٨	الظاهر	الظاهرة
٢٥	٥	المشهور و	المشهورة ولم
٢٦	٦	قال لم	قال
٣٣	١٦	جلة	جملة
٣٤	٢	الطرني	الطرق
٤١	٨	على الامام	علي الأم
٤٣	١١	واذا	إذا
٤٧	٢	فى الحنطة	بالحنطة
٤٨	٦	يملأ	هذه الكلمة زيادة
٤٩	٤	المروى	المروزى
٥١	٢	بيع بالتمر	بيع الرطب بالتمر
٦٠	١٥	ثلأنه	فلأنه
٦١	٤	أو فان ثابت	فان ثبت
٦١	٥	فانما	فان ما
٦٣	١٢	لأصحابه	لأصحاب
٦٨	٤	القفال	أن القفال
٧١	٢	والايشترى	ولا يشترى
٧٢	٢	ان المنا	ان الغينا
٧٤	١	احداهما	أحدهما
٨٣	٥	ولا حقلة	كذا بالأصل
٨٥	٥	أن لا يكون لمالك	كذا بالأصل
٨٦	٦	بالتخلية الا	الا بالتخلية
٩٠	١٠	ويجوز	يجوز
٩٩	٢	أن يكونان	أن يكونا
٩٩	٩	الذى عتاب والسكر	كذا بالأصل
٩٩	١٢	فى جزمهما	فى جرمهما
١٠٢	٣	هذا لا التعليل	هذا التعليل
١٠٤	٦	لامن اذابه	كذا بالأصل
١٠٤	٤	وكأن يغني العصر	كذا بالأصل
١٠٦	١٣	القند	فى القند
١٠٦	٤	يعمل السكر	يعمل منه السكر
١٠٦	٥	الماوذى	الماوردى
١٠٦	١٣	عند ذلك	وعند ذلك
١٠٧	٣	اناليج	كذا بالأصل
١٠٨	٧	العزالى بينهما	الغزالى فرقا بينهما
١١٠	٨	الزكاء	الذكاء
١١٢	٦	وهو مذهب	ومذهب
١١٢	٧	والسويق والخبز	والسويق بالخبز
١١٢	٨	والخبز وبالخبز	والخبز بالخبز
١١٣	٥	راهوية	راهويه
١١٥	٨	فأشبه الدراهم	فأشبه بيع الدراهم
١١٧	١	مشقة	مشتقة
١١٧	٣	ثم يخرج	لم يخرج
١١٧	٦	والقياس	القياس

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١١٨	١١	فى البويط	فى البويطى
١٢٠	٣	هو الذى	وهو الذى
١٢١	٧	أن السويق	بأنالسويق
١٢٢	٧	خلط فى الخبز	خلطالخبز
١٢٣	٣	فيهما شىء لب	فيهما لب
١٣٢	٣	فاماموازنة وفصل	كذا بالأصل
١٣٥	٥	ابن جزم	ابن حزم
١٣٧	٤	العصيرللعنب المعصور	لعصير العنب المعصور
١٤٤	١	ذلك لايجوز	وذلك لايجوز
١٥٣	٢	وقدمها اللبن	كذابالأصل
١٥٥	٧	نزراً	نذراً
١٦٣	٥	جوازاً البيع	جواز البيع
١٦٣	٦	أو أجناس	أو أجناساً
١٦٥	٤	ليناً	لبناً
١٦٦	١٢	لم يتحرر	لم يتحر
١٦٧	٧	لاتزيد	كذا بالأصل
١٧٩	١	وغيره وقال	وغيره قال
١٨١	٧	لا أكل	لا آكل
١٨٣	١	الزخائر	الذخائر
١٨٣	١١	المزواودى	المروذى
١٩١	١٠	فيه أنه	فى أنه
١٩٣	٨	المشاحجة	بالمشاحة
١٩٧	٥	عن صحيفه	عن صحيفة
١٩٧	٦	عن سمرة صحيفة	عن صحيفةسمرة
٢٠٠	٦	وكذلك	فكذلك
٢٠٣	١٠	فتياً	فتيا
٢٠٥	٢	وان مخالفا	و إن كانمخالفا
٢٠٦	٧	وإذا	إذا
٢١٨	١١	اعتذراى	اعتذارى
٢٣٥	٥	الحاروش	الجاروس
٢٤٦	٣	ليعلق	لتعلق
٢٥١	١	أجده	أجد
٢٥١	٥	والشجرة	والشجر
٢٥٥	٥	أمرين	أمران
٢٥٩	٣	بالقطع	بالقلع
٢٦٣	١٠	يدخل	يدخلان
٢٧١	٤	التأنيد	التأبيد
٢٧١	١٤	منها	منهما
٢٧٢	٦	صحيح	صحح
٢٩٠	٣	بالاحازة	بالاجارة
٢٩٠	٣	بالاحارة	»
٢٩٠	١٣	نمتمييز	متميز
٢٩١	٣	والقصم	والقسم
٣٠٨	٦	بالأولة	بالأولى
٣١٣	١	بمتبيع	بمبيع
٣١٤	٧	والأرش	ولا أرش
٣٣٠	٦	النقل	البقل
٣٣٥	٨	هذا أدى	فقد أدى
٣٣٦	٢١	بينها	تنبيها
٣٤٣	٤	إذا أنه	إذ أنه
٣٥٤	١٥	نشفق	تشقق
٣٦١	١٩	بيهنا	بينها
٣٦٤	١	أما طلع	ما أطلع
٣٦٨	١٤	القطعية	القطعة
٣٧١	٢	منجها	متجهاً
٣٧٥	١٣	وأ كثرن هم	وهذا وهم منه
٣٨٢	٢١	فى جدها	فى جذها

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣٩١	١٨	المزوعة	المزروعة
٣٩٣	٦	لأولى	الأولى
٣٩٣	٧	هذن	هذان
٣٩٤	٢٠	وإن أقام	وإن أقر
٤٠١	١٠	أورداً للبائع	أووردأأوردللبائع
٤٢٥	١٢	لم ينبه	لم ينته
٤٢٦	٥	در المصنف	مع المصنف
٤٢٧	١٧	حلة	حالة

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٤٣٣	١	ويبيع	وبيع
٤٣٦	٤	ما كالفستق	أما كالفستق
٤٤١	١٤	والأصفرا	والأصفرار
٤٤٢	٥	ما بدا صلاحه	مابدو صلاحه
٤٥٢	١٢	صلح	صلاح
٤٧٣	٩	الخربر	الخربز
٤٨١	١٢	به وإن	أنه وإن

تم الخطأ والصواب من المجموع

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادي عشر من كتاب فتح العزيز (شرح الوجيز) للامام الرافعي رضي الله عنه ﴾

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٠	١٤	الاستفاء	الاستيفاء
١٢	١٧	أن يوكل بيع	أن يوكل في بيع
١٢	٢٢	الزقم	الرقم
١٤	٩	ولم يكتفى	ولم يكتف
«	٢١	ثم ينتظر	ثم ينظر
١٦	٢٧	(التعقيبه)لما	أن يهب
١٧	١٩	وههنا ثم	ههنا وثم
٣٥	٢٦	وان المعنى الثاني	وبين المعنى الثاني
٤١	١٣	ووجهان	وجهان
٤٢	١٧	الامؤول	مؤول
٤٢	٢٢	لاتسترد	لايسترد
٤٤	١٨	الوكيل للأول	الوكيل الأول
٥٦	٢٠	الصلح	في الصلح
٧٦	٢٠	المال لنفسه	المال لنفسه
٨١	٢٠	للوكل	للوكيل
٩٠	٢٢	بكل ماتقرره	بكل مايقر به

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٩٩	٢١	أتنفذ	أنه تنفذ
«	٢١	والثاني أنه وبه	والثاني وبه
١٠٢	٢٢	طاهر	ظاهر
١٠٥	١٩	عبدين أن	عبدان
١٠٧	١٧	متناقض	مناقض
١٠٨	١٤	وحملوا على ماذكره	وحملوا ماذكره
١٠٩	١٣	في يد أن زيد مر عند عمرو	في يد زيد مرهون عند عمرو
١١٠	٢٤	بأن للمشترى	بأن المشترى
«	٢٥	صادق	صادقا
«	٢٦	في المساله	في المسألة
١١٢	١٠	لو استأخر	لو استأجر
«	١١	وطئها	وطؤها
١١٣	٢٣	في تأتي الحال	في ثاني الحال
١١٤	١٠	النفى نعم	النفي تعم
«	٢٦	وبقي له	ونفى له

صفحة	سطر	سطأ	صواب
١١٥	١٥	أثنالنا	أإن لنا
«	١٩	اشترى ملى	اشتر مني
١١٧	١٩	سوابق	سابق
١١٧	٢٣	غير	غيرها
١١٨	١٧	لاتسع	لاتسمع
١١٩	٢٢	فا	فيما
١٢٤	١٠	(أحدها)	(إحداها)
١٣٢	٢٢	قراره	إقراره
١٣٤	٢٦	واحد	واحد
١٤٤	٢٠	لم فرق	لافرق

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١٥٢	٢٥	أنه حاجة	أنه لا حاجة
١٦٨	٢٣	قوله في الصورة	وكذا قوله في الصورة
١٦٩	٢١	وقاللا قبلنا	وقالا قبلنا
٢٥٢	٢٠	لانه أثبث	لانه أثبت
٢٥٨	٢٦	هل الذمة	أهل الذمة
٢٦٦	٢٥	والضمان يشبهه	والضمان ومايشبهه
٥٠٠	١٠	لم ييئس	لم ييأس
٥٠٠	١٢	باغ	باع
٥٠٢	٢٣	الدر	الدار

﴿ بيان الخطأ الواقع في الجزء الحادى عشر من التلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ﴾

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٤	٢٥	بالمحمد	مالمحمد
٢١٠	٢٤	في الباب	وفي الباب
٢١٧	٢٥	مخاف	مختلف
٢٤٠	٢٨	أحمد	أحد
٣١٣	١٦	رجلا فزرع	رجلا أرضاً فزرع

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٣٦٠	٢٧	رسول	رسول الله
٣٦٥	٢٦	جابر وله	جابر بهما وله
٤٩٠	٢٤	صمير	لصغير
٤٩٠	٢٥	الليمانى	البيلمانى
٤٩٧	٢٦	لا يلي	الايلى

تم الخطأ والصواب من التلخيص الحبير

﴿ تم الجزء الحادى عشر ﴾